

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

La liberté d'opinion des fonctionnaires

en droit fédéral suisse

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE NEUCHÂTEL POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR EN DROIT

PAR

ANDRÉ GRISEL



NEUCHÂTEL

IMP. DELACHAUX & NIESTLÉ S. A.

1937

**LA LIBERTÉ D'OPINION DES FONCTIONNAIRES
EN DROIT FÉDÉRAL SUISSE**



UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

La liberté d'opinion des fonctionnaires

en droit fédéral suisse

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE NEUCHÂTEL POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR EN DROIT

PAR

ANDRÉ GRISEL



NEUCHÂTEL

IMP. DELACHAUX & NIESTLÉ S. A.

1937

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le professeur Tell Perrin, autorise la publication de la thèse de M. André Grisel, ayant pour titre : *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse*.

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

Neuchâtel, le 15 juillet 1937.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

Claude DuPASQUIER.



Introduction

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS

Section première. La liberté d'opinion

§ 1. Définition

Notre ambition n'est pas de trouver une définition inédite de la liberté d'opinion, mais seulement de délimiter notre sujet le plus précisément et le plus commodément possible.

La liberté est la faculté de se comporter sans obéir à une loi. Synonyme de pensée ou d'idée, une opinion est un jugement, autrement dit une position de l'esprit à l'égard d'un fait ¹.

La faculté de juger ne peut être assimilée cependant à la liberté d'opinion au sens juridique de cette notion, car un jugement qui ne se manifeste pas extérieurement échappe au droit. Pour former l'objet d'une règle juridique, une pensée doit être connaissable par d'autres personnes que son auteur. La liberté d'opinion est donc la faculté d'*exprimer* un jugement. Cette constatation est si évidente qu'il paraîtrait pédant d'employer, à l'instar des juristes allemands, au lieu des termes usités de « liberté d'opinion », la formule alourdie de « liberté d'expression d'opinion » ².

Les philosophes distinguent de l'opinion, la certitude et la croyance. Selon le vocabulaire de Lalande ³, la certitude est l'état de l'esprit qui tient

¹ W. SCHLEWEIS; *Das Recht der Beamten auf freie Meinungsäußerung und politische Betätigung* : p. 16.

² « Meinungsäußerungsfreiheit. »

³ A. LALANDE; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* : 1^{er} v., p. 104, 105, 142, 260 et 261; 2^e v., p. 542 et 543.

subjectivement et objectivement un jugement pour vrai; la croyance, l'état de l'esprit qui tient subjectivement un jugement pour vrai, sans pouvoir en démontrer objectivement la justesse; et l'opinion ⁴, l'état de l'esprit qui tient un jugement pour vrai, tout en doutant subjectivement de sa justesse et sans pouvoir la démontrer objectivement. Cette distinction, fondée sur la *nature de différents états d'esprit*, nous paraît indéterminante en droit. L'expression d'une certitude ou d'une croyance est aussi bien que la manifestation d'une opinion, au sens philosophique du mot, l'objet de la liberté d'opinion, telle que nous l'entendons.

La notion de liberté d'opinion ne dépend pas du *fait* sur lequel porte le jugement exprimé. Ce peut être un événement matériel ou spirituel, un rapport entre deux choses ou deux êtres. La liberté d'opinion comprend la faculté de manifester des idées politiques ou des croyances religieuses, de même que des opinions scientifiques ou des pensées littéraires. Relevons pourtant que les dispositions limitant la liberté d'opinion visent généralement des opinions politiques, qui concernent les relations des individus et de l'Etat ⁵ et sont capables, plus que toutes autres pensées, d'influer sur l'ordre public.

Le *mode* d'expression ne saurait être un élément de notre définition. Une opinion peut se traduire extérieurement par un acte ou une abstention. Le silence est parfois le plus éloquent des jugements. On admet assez généralement qu'il est patriotique de se découvrir à l'audition de l'hymne national ou au passage du drapeau fédéral; celui qui refuse d'ôter sa coiffure en de telles occasions manifeste à coup sûr une opinion. Paisible ou violent, l'acte exprimant une pensée peut modifier plus ou moins profondément le monde sensible. S'ils sont les plus communs, la parole et l'écrit ne sont pas les seuls moyens actifs d'exprimer un jugement. Un levé de mains, un poing tendu sont aussi des manifestations d'opinion.

Que ce soit un établissement public ou un appartement privé, le *lieu* où s'exprime l'opinion n'intéresse pas davantage notre définition. Du point de vue juridique, Bismarck avait tort de prétendre que le salon de sa femme était soustrait à l'empire du monarque ⁶. Les idées qui s'y manifestaient pouvaient engager la responsabilité de leur auteur, si elles parvenaient à l'oreille du souverain. Néanmoins, parce qu'elle est plus dangereuse pour l'ordre social, la faculté d'émettre une opinion dans une assemblée publique

⁴ D'après Kant, cité par W. SCHLEWEIS (op. cit. : p. 17), « Meinen ist ein mit Bewusstsein sowohl objektiv als subjektiv unzureichendes Fürwahrhalten. »

⁵ W. SCHLEWEIS; op. cit. : p. 22 et 23.

⁶ Selon W. SCHLEWEIS (op. cit. : p. 22), Bismarck s'est exprimé en ces termes : « Die Souveränität meines Monarchen endigt an der Schwelle des Salons meiner Frau. »

est plus étroitement limitée que la liberté de l'exprimer dans un cercle particulier.

§ 2. *Nature*

Par liberté d'opinion, nous n'entendons pas une liberté constitutionnelle, c'est-à-dire un droit inscrit dans la constitution, ni même une liberté individuelle *sensu stricto*, en d'autres termes un droit de l'individu à l'égard de l'Etat. Nous la concevons comme une liberté au sens général du mot, qui peut être limitée par toute règle de droit, que ce soit un contrat civil ou une disposition légale. Telle que nous la définissons, la liberté d'opinion appartient à l'employé privé vis-à-vis de son employeur, aussi bien qu'au fonctionnaire en face de l'Etat.

§ 3. *La liberté d'opinion en droit fédéral suisse*

Aucune disposition de droit fédéral ne mentionne, à notre connaissance, la liberté d'opinion. Contrairement à plusieurs constitutions cantonales⁷ et étrangères⁸, la Constitution fédérale⁹ ne la compte pas au nombre des libertés individuelles qu'elle protège. Elle garantit, en revanche, diverses libertés qui sont à l'égard de la liberté d'opinion comme les espèces d'un même genre.

Dans la mesure où leur exercice implique un jugement sur les rapports de l'homme et de la divinité, la liberté de conscience et la liberté de culte sont des formes de la liberté d'opinion. Il en est de même de la liberté de la presse, en tant qu'elle reproduit des jugements, et du droit de former des associations, si leurs organes expriment des idées. Comme il est invraisemblable qu'une pétition ne contienne pas un jugement, le droit de pétition est également un cas particulier de la liberté d'opinion.

Il n'est pas moins vrai qu'à l'exception des idées religieuses, les opinions exprimées autrement que par la presse, les organes d'une association ou une pétition ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Bien que la liberté d'opinion ne fût pas assurée par tous les cantons, il pouvait sembler

⁷ Zurich : Constitution du 18 avril 1869, art. 3; Zoug : Constitution du 31 janvier 1894, art. 10; Appenzell R. i. : Constitution du 24 décembre 1872, art. 2; Argovie : Constitution du 23 avril 1885, art. 18.

⁸ Entre autres, Reichsverfassung (Constitution de Weimar) : art. 118 al. 1.

⁹ TF. 55. I. p. 226 : « Lorsqu'une constitution cantonale garantit la liberté d'opinion sous réserve des restrictions légales, le Tribunal fédéral saisi d'un recours de droit public doit borner son examen à la question de l'application arbitraire de la loi cantonale. »

inutile, en 1874, de la faire figurer dans la Constitution fédérale, qui reconnaissait alors les libertés les plus précaires. Si l'on accorde quelque valeur à la garantie constitutionnelle des libertés individuelles, il faut maintenant regretter l'absence dans la Constitution fédérale d'une disposition protégeant, à défaut de la liberté d'opinion, certains modes d'expression d'opinion, la radiophonie par exemple, qui n'étaient pas répandus au siècle dernier, mais dont l'emploi est aujourd'hui discuté.

Section II. Le fonctionnaire en droit fédéral suisse

La notion de fonctionnaire, même réduite à ses éléments essentiels, peut être différente dans chaque droit particulier¹⁰. Aussi les définitions que nous proposons ne s'appliquent-elles directement qu'au droit fédéral suisse. Elles ne valent pour les fonctionnaires cantonaux et étrangers que *mutatis mutandis*.

§ 1. Définition formelle

L'article 1^{er} al. 1 LStF. caractérise le fonctionnaire comme une « personne nommée en cette qualité par le Conseil fédéral, par un service qui lui est subordonné, par le Tribunal fédéral ou par le Tribunal fédéral des assurances ». Le second alinéa dispose que « le Conseil fédéral dresse l'état des fonctions dont les titulaires ont la qualité de fonctionnaires ». Il ajoute que « cet état est soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale ».

Trois conditions doivent être réunies pour qu'une personne soit fonctionnaire au sens de la loi : 1^o elle doit avoir été nommée en cette qualité, 2^o par l'autorité compétente et 3^o chargée d'un emploi mentionné dans l'état des fonctions.

¹⁰ H. Kelsen; *Allgemeine Staatslehre*: p. 271. FLEINER; *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*: p. 238, note 10.

Cf. les définitions des auteurs suivants : — FLEINER; op. cit. : p. 242. U. LAMPERT; *Das schweizerische Bundesstaatsrecht*: p. 112. H. ESCHER; *Bundesbeamtenrecht*: p. 18. H. OTT; *Théorie juridique de la fonction publique fédérale*: p. 71 et Conclusion. A. IMHOFF; *Das öffentliche Dienstverhältnis*: p. 246a. M. HAURIOU; *Précis de droit administratif et de droit public*: p. 729 et 730. Idem; *Droit administratif*: p. 619. G. JÈZE; *Les principes généraux du droit administratif*: 2^e v., p. 241. L. DUGUIT; *Traité de droit constitutionnel*: 3^e v., p. 7. H. BERTHÉLÉMY; *Traité élémentaire de droit administratif*: p. 46. W. JELLINEK; *Verwaltungsrecht*: p. 355. Y. ODA; *Principes de droit administratif du Japon*: p. 143.

Le projet d'une loi française sur le statut des fonctionnaires, du 1^{er} juin 1920, considère comme tels, « tous ceux qui en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents ou de sous-agents, occupent un emploi dans les cadres permanents d'un service public régi par l'Etat, à l'exclusion du personnel ouvrier ».

Ces conditions sont étroitement liées. L'accomplissement de la première implique la réalisation des deux autres : d'une part, seuls sont en droit de nommer un fonctionnaire, le Conseil fédéral, un des offices qui lui sont subordonnés ou une des cours judiciaires fédérales ¹¹; d'autre part, ces autorités ne peuvent élire à la charge de fonctionnaire qu'une personne dont l'activité figure dans le tableau des fonctions. En revanche, le fait d'exercer un emploi prévu dans cette liste ne confère pas à son titulaire, *eo ipso*, la qualité de fonctionnaire. Il est loisible à l'autorité de faire remplir par des agents provisoires ou auxiliaires des fonctions indiquées dans l'état dressé par le Conseil fédéral ¹².

§ 2. Définition matérielle

Du point de vue matériel, un fonctionnaire est une personne qui, à la suite d'une déclaration de volonté de sa part et d'un acte de nomination de l'Etat, est obligée envers ce dernier, par un rapport de droit public, contre une prétention à un traitement.

Séparons pour les étudier, les éléments de cette définition.

I. La déclaration de volonté du fonctionnaire

Les fonctions ne sont pas imposées aux fonctionnaires, mais ceux-ci les assument volontairement ¹³. Bien qu'inexprimé par le législateur, ce principe est consacré par une pratique uniforme des autorités administratives. C'est, entre autres raisons, parce qu'ils sont incapables de refuser leurs fonctions, que les soldats ¹⁴, les tuteurs ¹⁵, les jurés ¹⁶ et les témoins ¹⁷ sont exclus du nombre des fonctionnaires.

Il n'est cependant pas impossible qu'un jour — sans doute éloigné —

¹¹ Message du 18 juillet 1924, p. 41 : « Les titulaires des fonctions fédérales détenant leurs pouvoirs d'une autre autorité ou d'un autre office, ou encore du peuple, ne sont donc pas soumis à la présente loi. C'est notamment le cas pour les membres du Conseil fédéral, les juges titulaires et les juges suppléants des tribunaux fédéraux, le chancelier de la Confédération. »

¹² Eodem loco : p. 50 et 51. Message du 7 avril 1930 : p. 341 et 342.

¹³ ESCHER; op. cit. : p. 18 et 21. Pour des motifs tirés du droit cantonal, Fleiner estime que le caractère volontaire de l'entrée en fonctions n'est pas un trait distinctif du fonctionnaire; op. cit. : p. 240, 241 et 250, note 5.

¹⁴ OM. : article 1^{er}.

¹⁵ CCS. : art. 382.

¹⁶ Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 : art. 4, al. 2.

¹⁷ Loi fédérale sur la procédure à suivre par devant le TF. en matière civile du 22 novembre 1850 : art. 134 et 135. Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 : art. 74.

les fonctions fédérales soient si peu convoitées que, faute de candidats, elles doivent être imposées, comme le furent, au Bas-Empire romain, les charges des curiales ¹⁸.

Acte unilatéral, la déclaration de volonté par laquelle le fonctionnaire accepte sa fonction, peut précéder la nomination ou lui succéder, bien qu'elle soit implicitement contenue, en règle générale, dans la postulation.

Si les fonctionnaires ne peuvent entrer en fonction malgré eux, il est possible qu'ils doivent y rester contre leur gré ¹⁹.

II. La nomination par l'Etat

Pour qu'une personne devienne fonctionnaire, il ne suffit pas qu'elle en exprime la volonté, mais il faut en outre qu'elle soit nommée en cette qualité par l'Etat. La nomination peut être expresse ou tacite et résulter ou non d'un concours.

L'acte unilatéral de nomination n'est ni plus ni moins important que la déclaration de volonté par laquelle le fonctionnaire accepte sa fonction, tous deux étant également nécessaires à la création des rapports de service.

III. Les obligations

A la suite de leur engagement volontaire et de leur nomination par l'Etat, les fonctionnaires sont chargés d'obligations dont l'inaccomplissement engage leur responsabilité. La fonction fédérale est à la fois volontaire et obligatoire puisque, d'une part, un fonctionnaire ne peut être nommé contre sa volonté et que, d'autre part, toute charge acceptée doit être remplie.

Le caractère obligatoire de leur fonction distingue les fonctionnaires des individus qui exercent sans contrainte une activité juridique. Celui qui conclut un contrat de sa propre volonté ne se comporte pas en fonctionnaire. De même, les gouvernants agissant comme tels disposent d'un pouvoir souverain et ne sont pas soumis à la loi sur le statut ²⁰. Il va sans dire qu'un même individu peut être, dans des sphères différentes, fonctionnaire et gouvernant. A titre de conseiller aux Etats ²¹, de grand-conseiller ou même de

¹⁸ G. JÈZE; *Les principes...*: 2^e v. p. 420. M. HAURIOU; *Droit administratif*: p. 622.

¹⁹ LStF. art. 53 et 57 al. 3.

²⁰ Message du 18 juillet 1924: p. 41. FLEINER; *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*: p. 241, note 22. O. MAYER; *Deutsches Verwaltungsrecht*: 2^e v. p. 141. H. OTT; op. cit.: p. 71.

²¹ A teneur de l'article 77 CF., les fonctionnaires ne peuvent appartenir au Conseil national.

citoyen, un fonctionnaire peut prendre part à la création d'une loi, autrement dit agir en gouvernant.

IV. *Les obligations à l'égard de l'Etat*

Toute obligation suppose un sujet actif qui l'accomplit et un sujet passif qui en exige l'exécution. L'Etat fédéral est le sujet passif à l'égard duquel sont obligés les fonctionnaires. De ce fait, ils se différencient des individus liés juridiquement à d'autres individus, aux cantons ou aux Etats étrangers. Aussi, les fonctionnaires cantonaux chargés d'exécuter les lois fédérales, les employés des bureaux internationaux ou des établissements autonomes de droit public ne sont-ils pas des fonctionnaires au sens de la loi. Il n'existe pas non plus de rapports de service entre la Confédération et le personnel de la Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents ou celui de la Banque Nationale. Ces deux institutions sont des personnes morales autonomes, administrées avec le concours et sous la surveillance du pouvoir fédéral. Bien que personne morale, la régie des alcools est considérée comme un dicastère de l'administration fédérale. Ses employés sont donc soumis à la LStF.²²

V. *Le rapport de droit public*

Les individus peuvent être unis à l'Etat, selon deux modes différents, par un rapport de droit privé ou public²³. Le lieu n'est pas de critiquer²⁴ ni d'approuver cette distinction admise en droit positif suisse²⁵, ni même de proposer un critère de discrimination. Il suffit ici de déterminer si les rapports de service des fonctionnaires sont régis par le droit privé ou le droit public, ou éventuellement par l'un et l'autre. Or, l'intention du législateur, l'analyse de la loi, la jurisprudence du Tribunal fédéral et l'opinion de la doctrine concourent à démontrer que les relations des fonctionnaires fédéraux et de l'Etat appartiennent exclusivement au droit public.

1. L'intention du législateur

Dans le message à l'appui d'un projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux, du 18 juillet 1924, le Conseil fédéral insiste à maintes repri-

²² Message du 18 juillet 1924 : p. 41 et 42. Bull. stén. CE. : 1925, p. 69. FLEINER; *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* : p. 246. H. OTT; *Théorie juridique...* : p. 15 et s., p. 61 et s.

²³ TF. : 40. II. p. 85; 47. II. p. 469; 52. II. p. 463; 54. II. p. 122.

²⁴ Kelsen critique cette distinction par des arguments qui, du point de vue théorique, semblent pertinents; *Allgemeine Staatslehre* : p. 80 et s.

²⁵ CCS. : art. 6. CO. : art. 362. A. IMHOF; *Das öffentliche Dienstverhältnis* : p. 236a.

ses sur le caractère de droit public des rapports de service des fonctionnaires : « Le rapport de subordination de *droit public* domine toute la responsabilité du fonctionnaire...²⁶ » « Les dispositions régissant les rapports de *droit public* font partie de la législation fédérale ²⁷. » « ... le lien juridique qui existe entre la Confédération et le fonctionnaire n'est pas de droit privé, mais bien de *droit public* ²⁸. »

2. L'interprétation légale

Il serait erroné de croire que les rapports de service des fonctionnaires sont soumis au droit public, parce que des dispositions légales, susceptibles d'être modifiées unilatéralement par l'Etat, les réglementent. Même en droit privé, le principe *pacta servanda sunt* souffre des exceptions. On ne saurait contester aux autorités fédérales le pouvoir de résilier à leur gré tous les contrats conclus par la Confédération, qu'ils ressortissent au droit privé ou public. Un Etat ne serait plus souverain, s'il ne pouvait en tout temps reviser les relations juridiques qui l'unissent aux individus. Le caractère de droit public des rapports de service des fonctionnaires dépend donc du contenu et non pas de la forme des dispositions qui les régissent.

L'article 362 CO. stipule que « le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les employés et fonctionnaires publics ». Il résulte de cette disposition que les fonctionnaires peuvent être soumis, s'ils ne le sont pas nécessairement, à des règles étrangères au droit privé. Malgré la réserve générale prévue par le législateur, il s'en faut que tous les articles de la LStF. dérogent aux lois civiles. Des règlements de fabrique ou des contrats collectifs de travail peuvent contenir des clauses analogues aux dispositions sur la responsabilité disciplinaire ou les obligations hors de service des fonctionnaires. Il apparaît cependant entre les principes du droit privé et certaines règles relatives à l'extinction des rapports de service des fonctionnaires une contradiction qui démontre précisément le caractère de droit public de ces rapports.

L'employeur privé qui se départ sans droit d'un contrat de travail peut être tenu de verser à l'employé une indemnité représentant son « intérêt à l'exécution du contrat » (« positives Vertragsinteresse »). L'article 54 LStF. dispose que « le fonctionnaire dont l'emploi est supprimé au cours de la période administrative et pour lequel aucune autre place répondant à ses

²⁶ Message du 18 juillet 1924 : p. 97.

²⁷ Eodem loco : p. 98.

²⁸ Eodem loco : p. 99.

capacités ou aptitudes n'est disponible, a droit à une indemnité, à moins que la suppression de l'emploi n'ait été expressément réservée lors de la nomination ». Cette indemnité est destinée à permettre au fonctionnaire de s'entretenir, lui et les siens, jusqu'à ce qu'il ait trouvé une occupation nouvelle. Elle doit être toutefois nécessairement inférieure au « positives Vertragsinteresse »²⁹, car, sinon, l'Etat n'aurait aucune raison pécuniaire de supprimer une fonction et l'article 54 pourrait être remplacé, sans dommage pour les finances publiques, par la disposition suivante : « Un emploi ne peut être aboli pendant la période administrative. »

En vertu de l'article 352 CO., « l'employeur et l'employé peuvent, sans avertissement préalable, se départir immédiatement du contrat pour de justes motifs ». Au contraire, l'article 55 LStF. réserve le droit de résilier immédiatement les rapports de service à « l'autorité qui nomme », autrement dit aux autorités fédérales, à l'exclusion des fonctionnaires.

3. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Après avoir admis que les rapports de service des fonctionnaires appartiennent uniquement au droit public, le Tribunal fédéral a modifié sa conception primitive, en soumettant au droit privé leurs prétentions pécuniaires. Il considère aujourd'hui de nouveau comme relevant entièrement du droit public, toutes les relations unissant les fonctionnaires à l'Etat³⁰ : « Or, le Statut des fonctionnaires ne rentre pas dans le domaine du droit privé. Le Tribunal fédéral, il est vrai, a encore laissé ouverte (RO. 46 I. 149) la question de savoir si la nomination des fonctionnaires constitue un acte unilatéral du pouvoir administratif nécessitant simplement l'assentiment de l'intéressé (dans ce sens la majorité des auteurs : Fleiner, *Institutionen*, p. 182; Otto

²⁹ Nous pouvons inférer de textes antérieurs à la LStF. que ni Burckhardt ni Fleiner n'approuvent notre point de vue. BURCKHARDT; *Die wohlverworbenen Rechte des Beamten*: p. 58 et s., p. 65. FLEINER; *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*: p. 251 et 257, note 32, « Da aber der Beamte auf die ihm für eine bestimmte Amtsdauer zugesicherte Besoldung ein unentziehbares subjektives Recht besitzt, so schuldet ihm in einem solchen Fall der Staat volle Entschädigung. » Contrairement à l'avis de Fleiner, nous estimons qu'il ne peut découler aucun droit acquis pour les fonctionnaires des rapports de service ressortissant au droit public. Cf. W. WIMMER; *Die Gestaltung des Rechtsschutzes bei den Besoldungs-, Pensions- und andern vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Bundesbeamtenverhältnis*: p. 209 et s. Nous pouvons déduire un argument favorable à notre point de vue d'un arrêt du TF.: 50 I. p. 77. Cf. les opinions de JÈZE (*Les principes...*; 2^e v., p. 2) et de HAURIOT (*Droit administratif*: p. 623 et 624), qui confirment la nôtre.

³⁰ TF. 50. I. p. 75. FLEINER; *Schw. Bundesstaatsrecht*: p. 239, note 14. H. ESCHER; *Schw. Bundesbeamtenrecht*: p. 83 et 84. H. OTT; *Théorie juridique...*: p. 87 et 143. Cf. TF.: 3. 532; 4. 321; 9. 212; 12. 709; 13. 347; 20. 693; 24. II. 281; 24. II. 942; 41. II. 181; 46. I. 149; etc.

Mayer, *Verwaltungsrecht*, II p. 262 et s.; Hauriou, *Droit administratif*, 10^e éd. p. 573 et s.;) ou si les relations entre Etat et fonctionnaire ont à leur base un contrat (Laband, *Staatsrecht*, I 4^e éd. p. 405-406; Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, 2^e éd. p. 210). Mais soit les auteurs, soit les arrêts qui se rallient au système du contrat sont unanimes à reconnaître que c'est un contrat de *droit public*... »

4. La doctrine

Presque tous les auteurs prennent le même parti que le Tribunal fédéral³¹. Citons l'un des plus écoutés : « Nur die Personen, aber, die in einem solchen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staate stehen, bezeichnet die Gesetzgebung als Beamte³². »

VI. Le droit au traitement

Ce droit est affirmé par l'article 38 al. 1 LStF., aux termes duquel « chacune des fonctions est rangée par le Conseil fédéral dans une des vingt-six classes de traitement ». D'après le second alinéa de cette disposition, le traitement ou salaire dépend de « l'instruction requise, de l'étendue des attributions, des exigences du service et de la responsabilité »; il est donc essentiellement différent de l'indemnité qui est la réparation d'un dommage, d'un *damnum emergens* ou d'un *lucrum cessans*. Les jurés³³, les témoins³⁴ et les soldats de milice³⁵ qui ont droit à une indemnité ou à une solde ne sont pas fonctionnaires³⁶. En revanche, les officiers de carrière qui peuvent prétendre à un traitement, ont cette qualité.

Fleiner estime que le paiement aux fonctionnaires d'un traitement n'est pas un de leurs traits distinctifs, parce que le versement du salaire est fonction de la solvabilité de l'Etat³⁷. Pour faire tomber cette objection, il suffit de rappeler que, selon notre critère, l'élément déterminant est le droit au traitement et non pas le fait de recevoir un salaire.

* * *

³¹ U. LAMPERT; *Das schw. Bundesstaatsrecht* : p. 112. H. ESCHER; *Bundesbeamtenrecht* : p. 15 et s. Cf. les auteurs étrangers; — O. MAYER; *Deutsches Verwaltungsrecht* : 2^e v., p. 148. R. H. HERRNITT; *Grundlehren des Verwaltungsrechtes* : p. 181 et 182. T. ANTONIEVITCH; *La nature juridique de la fonction publique* : p. 127 et s.

³² FLEINER; *Schw. Bundesstaatsrecht* : p. 239 et 240.

³³ OJF. : art. 204.

³⁴ OJF. : art. 207.

³⁵ OM. : art. 11.

³⁶ En vertu de l'article 416 CCS. (voir note marginale), la rémunération du tuteur a le caractère d'un salaire et non d'une indemnité.

³⁷ *Schw. Bundesstaatsrecht* : p. 238.

De notre définition matérielle du fonctionnaire, nous avons écarté plusieurs caractères, admis comme distinctifs par certains auteurs.

Nous avons d'abord fait abstraction de *la durée de la fonction* exercée par le fonctionnaire, qui peut être permanente ou éphémère³⁸. La charge de juré ou de soldat ainsi que certaines occupations privées, sont assurément plus durables que quelques-unes des fonctions désignées dans le tableau dressé par le Conseil fédéral. L'Etat a toujours eu besoin d'une armée et ne pourra peut-être jamais s'en passer, tandis que les services des importations ou du contrôle des prix sont des organismes de création récente, destinés à disparaître avec les circonstances momentanées qui les ont fait naître.

La durée des rapports de service n'est pas non plus, à notre avis, un critère de distinction³⁹. Rien n'empêche qu'un contrat de travail privé soit conclu pour une période aussi longue que la durée de l'engagement des fonctionnaires, fixée à trois ans par la loi⁴⁰. Il faut observer que la durée de la fonction est presque toujours supérieure à celle des rapports de service. Tandis que la fonction de juge peut être considérée comme permanente, les rapports de service des juges n'existent que pendant un temps limité.

La continuité des fonctions ne paraît pas non plus déterminante⁴¹. Il est évident que le soldat en service actif est tenu à des obligations plus continues que le fonctionnaire en période normale.

La responsabilité disciplinaire des fonctionnaires ne leur est pas particulière⁴², puisque les soldats et même de nombreux employés privés sont exposés à des sanctions analogues aux peines disciplinaires de l'article 31 LStF.

Contrairement à une opinion assez répandue, nous ne considérons pas l'*obligation de fidélité* du fonctionnaire comme un de ses traits distinctifs⁴³. Un tel devoir est imposé aux soldats et peut l'être aux employés privés.

Nous avons éliminé enfin la distinction célèbre de Berthélémy entre *les fonctionnaires de gestion et les fonctionnaires d'autorité*, que la communis

³⁸ Pour HAURIU (*Précis...* : p. 729 et 730), la qualité de fonctionnaire dépend de l'occupation d'un emploi dans les cadres *permanents* d'un service public régi par l'Etat ou les autres administrations publiques. Cf. le projet d'une loi française sur le statut des fonctionnaires qui, dans son article 1^{er}, reprend la définition de Hauriou. Sur ce point, G. JÈZE (*Les principes généraux...* : 2^e v., p. 241) se trouve d'accord avec Hauriou.

³⁹ Se prononcent en sens contraire : — U. LAMPERT; *Das schw. Bundesstaatsrecht* : p. 112. LÉON DUGUIT; *Traité...* : 3^e v., p. 7.

⁴⁰ LStF. : art. 6.

⁴¹ Contra : — H. OTT; *Théorie juridique...* : p. 102, 104, 107 et Conclusion. H. BERTHÉLÉMY; *Traité...* : p. 46.

⁴² Contra, FLEINER; *Schw. Bundesstaatsrecht* : p. 241 et 242.

⁴³ Contra, O. MAYER; *Deutsches Verwaltungsrecht* : 2^e v., p. 135.

opinio condamne sans rémission ⁴⁴. Bien qu'elle ne paraisse pas dépourvue de tout fondement théorique, nous ne pouvions qu'abandonner cette discrimination qui ne trouve aucun appui, sinon en droit fédéral suisse ⁴⁵, du moins dans la LStF.

§ 3. *La portée des définitions formelle et matérielle*

S'appliquant exclusivement aux fonctionnaires soumis à la LStF., la définition formelle suffit à les distinguer des individus qui n'ont pas cette qualité.

En revanche, le champ d'application de la définition matérielle est plus étendu, puisqu'il comprend, outre les fonctionnaires au sens de la LStF., diverses personnes qui peuvent être désignées sous le nom d'agents. Ce sont en particulier, pour autant qu'un rapport de droit public les unit à l'Etat ⁴⁶ :

- a) le personnel de carrière des légations et des consulats à l'étranger;
- b) les membres du corps enseignant de l'Ecole polytechnique;
- c) les commandants d'unité d'armée;
- d) les ouvriers travaillant à la journée ou à l'heure dans les ateliers et les établissements militaires, dans l'administration des télégraphes et des téléphones, dans les ateliers, le service de la gare, des voies et de la traction des CFF.;
- e) les agents qui ne sont pas tenus à un service strictement personnel, tels que les titulaires des bureaux de troisième classe des postes, des télégraphes et des téléphones, les dépositaires postaux, les facteurs ruraux, les gardes-barrière du sexe féminin et les gardes-halte des CFF.;
- f) le personnel auxiliaire.

On conçoit sans peine qu'en raison de leurs fonctions spéciales, le personnel diplomatique et consulaire, les professeurs de l'Ecole polytechnique et les commandants d'unité d'armée ne soient pas soumis au régime commun ⁴⁷.

Les associations du personnel ont demandé que la qualité de fonction-

⁴⁴ H. BERTHÉLÉMY; *Traité...* : p. 49 et s. HAURIU; *Droit administratif* : p. 625, note 1. T. ANTONIEVITCH; *La nature juridique...* : p. 31 et s. M. CÉRÉSOLE; *La question des grèves de fonctionnaires en droit public français* : p. 37 et s.

⁴⁵ H. OTT; *Théorie juridique...* : p. 86 et s., « La législation fédérale en matière de responsabilité paraît vouloir faire la distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion, les premiers, agents de l'Etat autorité sont soumis à la loi spéciale sur la responsabilité des fonctionnaires de 1850, et les seconds, agents de l'Etat industriel et commercial, sont soumis au droit commun. »

⁴⁶ Message du 18 juillet 1924 : p. 11. Message du 7 avril 1930 : p. 327. Bull. stén. CE. 1925, p. 58.

⁴⁷ Message du 18 juillet 1924 : p. 51.

naire soit conférée aux ouvriers des ateliers de réparation des CFF, et des ateliers militaires régis par la loi sur les fabriques, aux gardes-barrière, aux buralistes et aux dépositaires postaux ainsi qu'aux facteurs ruraux ⁴⁸. Le Conseil fédéral a estimé qu'il ne serait pas judicieux de faire bénéficier ces agents de la stabilité et des avantages pécuniaires attachés à la qualité de fonctionnaire ⁴⁹. Ce sont uniquement des considérations d'opportunité ⁵⁰, des motifs économiques et non point juridiques, qui ont conduit l'autorité à écarter les requêtes présentées en faveur des organes subalternes de l'administration. Les citations suivantes le prouvent : « ... au point de vue *économique*, l'engagement fixe n'est pas à conseiller. Il romprait l'équilibre qui doit exister entre la dépense occasionnée pour l'exploitation des ateliers et le travail fourni par ceux-ci ⁵¹. » « Dès lors *une exploitation rationnelle* s'oppose à ce que ce dernier (le personnel des ateliers militaires) soit engagé à poste fixe ⁵². » « La réalisation des vœux des associations du personnel aurait les conséquences suivantes : 1. Les ouvriers de fabriques seraient rangés dans l'une des vingt-six classes de traitement. 2. Augmentation de salaire, fixée par la loi, au début de chaque année. 3. Le salaire serait payé en cas de maladie et les dimanches, comme aux autres fonctionnaires. 4. Les vacances des ouvriers de la Confédération auraient la même durée que celles des fonctionnaires de la même classe de traitement non soumis à la loi sur la durée du travail. Elles seraient prolongées de deux à six jours par an ⁵³. » « Dès l'instant où *le coût de la production* dépasserait celui auquel arrive l'industrie privée, les ateliers de la Confédération perdraient en grande partie leur raison d'être ⁵⁴. »

CHAPITRE II

DÉFINITION DU SUJET

Il s'agit de tracer les limites imposées à notre sujet par le titre choisi et les notions précédemment définies.

I. Notre thèse porte sur le droit fédéral suisse. C'est dire qu'en principe,

⁴⁸ Message du 18 juillet 1924 : p. 44. Message du 7 avril 1930 : p. 328 et s.

⁴⁹ Message du 18 juillet 1924 : p. 44 à 50. Message du 7 avril 1930 : p. 329 et s.

⁵⁰ Ch. NAINÉ; *Etude...* : p. 43, « C'est une affaire de baptême. Est fonctionnaire, qui est baptisé fonctionnaire et employé, qui est baptisé employé. »

⁵¹ Message du 18 juillet 1924 : p. 45 et 46.

⁵² Eodem loco : p. 46.

⁵³ Message du 7 avril 1930 : p. 331 et 332.

⁵⁴ Eodem loco : p. 333.

nous nous cantonnerons sur le terrain du droit. Néanmoins, attendu qu'à propos de notre sujet, des considérations politiques sont souvent mêlées aux arguments juridiques, nous nous permettrons quelques brèves incursions dans le domaine de la politique.

Nous limitant au droit positif de l'Etat fédéral suisse, nous abstrayons de notre étude le droit prétendu naturel aussi bien que les droits cantonaux ou étrangers. Pour préciser la position du droit fédéral sur certains points particuliers, il nous arrivera toutefois de rappeler en notes les solutions adoptées par les autorités cantonales ou étrangères.

II. Notre propos est d'étudier la liberté d'opinion des fonctionnaires; par conséquent, leurs autres facultés ne rentrent pas dans le cadre de nos recherches. Il en est ainsi notamment de quelques libertés individuelles protégées par la Constitution fédérale, telles que la liberté de commerce et d'industrie, le droit d'établissement, le droit au mariage et la faculté d'émigrer d'un canton dans un autre ¹.

III. Nous nous occupons exclusivement des fonctionnaires proprement dits, au sens de l'article 1 LStF. C'est avant tout pour des raisons pratiques que nous ne dirigeons pas nos investigations sur les agents compris dans la définition matérielle du fonctionnaire.

Les dispositions légales applicables aux fonctionnaires sont assez complètes pour qu'il soit possible d'analyser avec précision l'ensemble de leur situation juridique et de déterminer, en particulier, les limites de leur liberté d'opinion. Les nombreux textes ² qui la restreignent sont résumés par l'article 22 LStF., en vertu duquel « le fonctionnaire est tenu de remplir fidèlement et consciencieusement ses obligations de service, de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et de s'abstenir de tout ce qui leur porte préjudice ». Il est même permis de tirer quelques principes jurisprudentiels des décisions relatives à la liberté d'opinion des fonctionnaires. Certaines d'entre elles peuvent avoir été rendues, sur recours, par le Tribunal fédéral ³, ou soumises à l'examen d'une commission disciplinaire ⁴.

En revanche, les dispositions légales qui régissent les agents sont lacunaires. Parmi celles qui limitent leur liberté d'opinion, les principales sont les articles 13 et 23 LStF. (applicables en vertu de l'article 62 LStF. aux employés de la Confédération qui n'ont pas la qualité de fonctionnaires), les

¹ FLEINER; *Schw. Bundesstaatsrecht*: p. 321.

² LStF.: art. 13, 22, 23, 24, 25, 27 et 28.

³ LJAD.: art. 33 et s.

⁴ LJAD.: art. 43.

arrêtés du 2 décembre 1932 et du 16 février 1937 excluant les communistes de l'administration fédérale et quelques articles ⁵ du règlement sur les rapports de service des ouvriers d'exploitation des chemins de fer fédéraux, rétribués à la journée.

Il semble que le Conseil fédéral, chargé aux termes de l'article 62 LStF. de réglementer la situation des agents, ait entendu déterminer *in concreto* dans quelle mesure doit être limitée leur liberté d'opinion. Or, la jurisprudence administrative est indigente en la matière ⁶. La rareté des décisions peut signifier ou bien que la liberté d'opinion des agents est illimitée, ou bien que l'autorité, au lieu de sévir contre les agents fautifs, préfère les congédier dans les courts délais de résiliation prévus par les règlements. Quoi qu'il en soit, il paraît difficile de déduire quelque principe directeur aussi bien des décisions que des dispositions légales concernant les agents. Eu égard à la similitude que présentent, en fait comme en droit, les situations respectives des fonctionnaires et des agents, nos conclusions seront applicables aux seconds par analogie, bien que les premiers fassent seuls l'objet de notre étude.

IV. Il est impossible d'énumérer les actes que les fonctionnaires peuvent accomplir dans l'exercice de leur liberté d'opinion et ceux dont la jouissance de cette faculté leur permet de s'abstenir. Comme toute liberté juridique, la liberté d'opinion ne peut se décomposer en un nombre limité de facultés particulières ⁷. Elle ne peut être déterminée que négativement, par l'étude des normes qui la restreignent.

Notre thèse a donc pour objet même les obligations limitant la liberté d'opinion des fonctionnaires fédéraux. Ecartant de nos recherches les devoirs qui leur sont imposés en tant qu'individus, nous ne considérerons que leurs obligations spéciales, celles qu'ils ont assumées en qualité de fonctionnaires.

V. Outre les obligations légales limitant la liberté d'opinion des fonctionnaires, nous examinerons les décisions qu'ont motivées les infractions à ces devoirs.

Nous bornerons notre étude jurisprudentielle aux décisions disciplinaires, pour cette péremptoire raison de fait que jamais, à notre connaissance, un fonctionnaire n'a été condamné civilement ou pénalement, en raison seu-

⁵ Art. 11, 12, 14, 15, 16, 17, 26, 27, 28 et 29.

⁶ Un des seuls cas que nous connaissions, est celui du sténographe Helmut Kittelmann, qui occupait depuis 1921 le rang d'employé. Le 10 décembre 1935, Kittelmann fut révoqué sans délai, en raison de son appartenance au parti national-socialiste allemand. La demande en indemnité qu'il adressa au Tribunal fédéral fut rejetée le 1^{er} avril 1936.

⁷ H. Kelsen; *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*: p. 47.

lement de l'expression d'une opinion. La difficulté d'apprécier pécuniairement le tort causé par la manifestation d'une pensée explique l'absence de décisions civiles en la matière ⁸. Au surplus, la simple expression d'une opinion ne peut qu'exceptionnellement tomber sous le coup des dispositions du Code pénal fédéral, dont l'application aux fonctionnaires suppose une faute grave de leur part ⁹.

CHAPITRE III

DIVISION DU SUJET

Notre thèse comprend deux parties distinctes : la première consacrée aux dispositions légales et la seconde, à leur application par les autorités disciplinaires. On peut se demander s'il n'eût pas été plus logique d'étudier la loi et la jurisprudence, non point séparément, mais simultanément, de façon à expliquer chaque disposition légale par les décisions qui l'appliquent. Notre méthode est cependant dictée par la nature des autorités disciplinaires de la Confédération. En première instance, la poursuite disciplinaire ressortit aux organes de l'administration ¹, à l'exclusion des tribunaux; il en est de même en seconde instance ², sauf les cas où l'autorité inférieure a prononcé la révocation ou la mise au provisoire du fonctionnaire incriminé ³. Or, il se révèle entre l'application de la loi par les autorités administratives et judiciaires une différence essentielle sur laquelle nous nous arrêterons, parce qu'elle justifie notre plan.

I. *Les autorités judiciaires* sont tenues d'exécuter la volonté du législateur. Elles peuvent librement rechercher le sens des dispositions légales, mais doivent rendre un jugement conforme à leur interprétation de la loi. L'application — générale en droit public moderne — du principe de la séparation

⁸ R. LETSCH; *Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen*: p. 55, « Mit Recht bemerkt Laband, dass der Schaden, der dem Staate durch Nichterfüllung oder durch nicht ordnungsgemässe Erfüllung erwächst, nur selten in Geld zu schätzen und durch Leistung des Schadenersatzes auszugleichen wäre. »

⁹ H. MÜLLER; *Staatsarbeiter — und Beamtenrecht in der Schweiz*: p. 45, « Unter das Strafgesetzbuch können nur Handlungen und Unterlassungen fallen, die von erheblicher Tragweite sind. » EMIL KIRCHHOFER; *Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht*: p. 11.

¹ RF. I. art. 26.

² RF. I. art. 30; RF. II. art. 24.

³ Ces cas sont soumis à la compétence du Tribunal fédéral. RF. I. art. 34; RF. II. art. 27.

des autorités tend à soustraire les juges à l'influence politique, pour obtenir de leur part l'exécution fidèle des textes législatifs.

Que la cause soumise à leur jugement soit civile, pénale ou administrative, les cours judiciaires prononcent toujours sur un différend entre deux parties dont les intérêts sont contradictoires : le demandeur et le défendeur, l'accusé et la société représentée par le ministère public, le particulier et l'administration. S'il n'obéit pas à la loi, le juge favorise l'une des parties et, du même coup, cause préjudice à l'autre. Ce n'est qu'avec le consentement de la partie lésée par l'inobservation des dispositions légales et sous réserve des exigences de l'ordre public, que le juge peut se dispenser d'appliquer la loi.

L'obligation imposée au juge d'exécuter la volonté légale peut être considérée pratiquement comme imparfaite, c'est-à-dire dépourvue de sanction juridique ⁴. Le déni de justice ou l'application arbitraire de la loi peuvent, il est vrai, entraîner la responsabilité du juge. Cependant, la difficulté de prouver qu'un jugement n'est pas conforme aux dispositions légales, telles qu'elles ont été interprétées par le tribunal, rend sa responsabilité plus théorique que réelle. D'autre part, l'organisation d'une procédure de recours ne garantirait le respect de la loi que si les autorités supérieures étaient tenues de l'appliquer, sous peine d'une sanction effective. Les parties peuvent user toutefois d'autres moyens que des voies juridiques, pour obtenir du juge l'exécution de la loi. La menace d'un appel à l'opinion publique peut inciter les tribunaux à se conformer à la volonté du législateur. Il est aussi possible, reconnaissons-le, qu'elle influe sur leurs arrêts dans le sens opposé.

Quoi qu'il en soit, les décisions judiciaires devant être conformes, en principe, aux dispositions légales, il serait incompréhensible d'étudier distinctement les unes et les autres.

II. *Les autorités administratives* sont aussi obligées d'appliquer la loi. Imparfaite comme le devoir correspondant des autorités judiciaires, cette obligation est toutefois moins étendue. Les autorités administratives et les tribunaux sont à l'égard des parties soumises à leur décision dans une situation nettement dissemblable. Tandis que les seconds se trouvent en présence de deux parties dont ils sont indépendants, les premières sont à la fois juge et partie. Elles sont appelées en effet à résoudre un litige entre l'administra-

⁴ Tout imparfaite qu'elle soit, l'obligation d'appliquer les dispositions légales doit être considérée comme une obligation juridique. En droit, l'existence d'une obligation est subordonnée à la conscience qu'ont les individus de son caractère obligatoire, mais non point à l'organisation d'une procédure de sanctions plus ou moins efficace.

tion qu'elles représentent et un particulier. Elles ne peuvent assurément, sans le consentement de celui-ci, rendre un jugement qui lui serait plus désavantageux que l'application régulière des dispositions légales. Rien ne s'oppose par contre à ce qu'elles abandonnent en faveur de l'individu un droit que leur confère la loi. Avant de trancher un différend qui la sépare d'un particulier, l'administration doit rechercher d'abord le sens des dispositions légales et examiner ensuite s'il est opportun d'exercer les droits qui lui appartiennent de par la loi. Il est difficile de distinguer dans une décision administrative l'interprétation de la loi et les considérations d'opportunité, tant il est naturel que l'administration soit encline, consciemment ou non, à légitimer par des arguments juridiques les nécessités politiques.

Les autorités administratives jouissent donc dans l'application de la loi d'une liberté d'appréciation plus étendue que le juge, puisqu'elles peuvent de leur propre chef renoncer au profit des individus à l'observation des dispositions légales ⁵. Il n'est pas étonnant qu'en leur qualité d'autorités politiques, habituées à résoudre des questions de fait plutôt que de droit, les organes de l'administration usent largement de cette faculté.

Contrairement à la jurisprudence des autorités judiciaires, les décisions administratives, étant relativement indépendantes de la loi, doivent être étudiées séparément. C'est cette indépendance même qui explique, en dépit des changements législatifs, la stabilité de la jurisprudence administrative.

Les autorités administratives de la Confédération disposent, en matière disciplinaire, de la même latitude d'appréciation qu'en tout autre domaine. Elles peuvent libérer un fonctionnaire que la loi reconnaît coupable, ou infliger une sanction légère à celui que les dispositions légales autorisent à frapper rigoureusement. Elles ne sauraient, en revanche, condamner un fonctionnaire innocent ni punir sévèrement une faute qui paraît sans gravité, au regard de la loi.

Le droit de recours au Tribunal fédéral, qui compète au fonctionnaire révoqué ou mis au provisoire, ne limite pas la faculté de jugement des autorités administratives. Il est évident qu'un fonctionnaire n'utilisera pas de son droit d'appel contre une décision plus favorable à ses intérêts que la loi elle-même. Fût-il saisi d'un recours contre un tel jugement, que le Tribunal

⁵ G. CAHEN; *Les fonctionnaires. Leur action corporative*: p. 297, « Dans le jugement des conflits d'ordre privé, limitées sont les variations des tribunaux; il peut y avoir des divergences dans l'interprétation des textes, des hésitations dans l'appréciation des faits; mais l'arbitraire du juge est enfermé dans un cercle étroit, hors duquel il ne peut se mouvoir. Le droit public, au contraire, qui détermine les rapports entre l'Etat et ses agents ou entre l'Administration et les citoyens, comporte plus de souplesse. »

fédéral ne pourrait aggraver la peine dont le recourant est frappé. La procédure fédérale ignorant la *reformatio in pejus* ⁶, il n'est possible au Tribunal fédéral que d'adoucir ou de maintenir la décision attaquée. Au contraire des autorités administratives, il est tenu en qualité d'organe judiciaire d'observer strictement la loi ⁷. Il ne pourrait à la rigueur tenir compte envers les fonctionnaires de considérations d'opportunité, déclare Kirchhofer, que si le principe de l'égalité des citoyens devant la loi l'exigeait ⁸.

L'auteur précité aboutit exactement aux mêmes conclusions que nous, tout en partant d'un point de vue apparemment différent ⁹. Il semble admettre, en effet, que la faculté d'appréciation des autorités administratives, compétentes en matière disciplinaire, ne dérive pas de leur caractère propre, mais de la nature du droit disciplinaire. Si cette opinion était fondée, le Tribunal fédéral jouirait, comme autorité disciplinaire, de la même liberté de jugement que les autorités administratives. Or, Kirchhofer reconnaît lui-même qu'en principe, la cour judiciaire fédérale ne peut renoncer à l'application de la loi, même en faveur des fonctionnaires.

* * *

Comme nous l'avons annoncé, nos développements nous conduisent à étudier séparément les dispositions légales limitant la liberté d'opinion des

⁶ A. IMHOF; *Das öfent. Dienstverhältnis*: p. 350a.

⁷ TF.; Arrêt Louis Moulin du 13 février 1936 (non publié): « Les raisons que l'on pourrait invoquer à l'appui de la substitution de la révocation par la peine moins sévère de la mise au provisoire sont en effet de pure opportunité. Or, s'il est loisible à l'administration elle-même de se laisser déterminer, dans le choix entre différentes sanctions disciplinaires, par des raisons de pure opportunité, le Tribunal fédéral ne peut en revanche tenir compte de considérations de cet ordre et sa décision doit être fondée uniquement sur des motifs tirés du degré de gravité de l'infraction. »

⁸ KIRCHHOFER; *Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht*: p. 9.

⁹ KIRCHHOFER; eodem loco: p. 8, 9 et 10. IMHOF (*Das öfent. Dienstverhältnis*: p. 342a) prétend que le principe d'« opportunité » est appliqué au lieu du principe de « légalité » en droit disciplinaire, parce qu'il vise avant tout la réforme et non pas la punition du fonctionnaire coupable. Cette opinion n'est guère soutenable, attendu que le droit pénal dans l'application duquel le principe de « légalité », « nulla poena sine lege », est strictement observé, tend aussi à l'amélioration du condamné. Citons, à titre de preuve, l'article premier, alinéa 2, du Code pénal neuchâtelais: « La peine est infligée au coupable dans le but d'assurer l'autorité de la loi, de préserver la société par l'intimidation qu'elle produit, et de prévenir une rechute par la réforme du condamné. »

R. LETSCH (*Disziplinargewalt...*: p. 104) adopte un point de vue particulier, « Im Disziplinarstrafverfahren gilt nicht das Legalitätsprinzip bezüglich der Frage, ob disziplinarisch einzuschreiten sei, sondern das Opportunitätsprinzip. Die Frage, wie bestraft werden muss, wenn einmal eingeschritten worden ist, beantwortet sich dagegen nach dem Legalitätsprinzip ».

fonctionnaires et l'application de ces dispositions par les autorités disciplinaires.

Sous le titre premier, nous analyserons la loi; nous rechercherons autrement dit dans quelle mesure l'autorité disciplinaire peut restreindre *en droit* la liberté d'opinion des fonctionnaires. Nous déterminerons sous le titre second consacré à l'examen de la jurisprudence, les limites imposées *en fait* à cette liberté.

TITRE PREMIER

Les dispositions légales limitant la liberté d'opinion des fonctionnaires

Notre titre se divise en trois chapitres.

Le premier est réservé à l'étude de deux questions préalables : la définition et la validité des dispositions légales, en général.

Dans les deux autres, nous examinerons le contenu des dispositions spéciales limitant la liberté d'opinion des fonctionnaires, le second chapitre étant consacré à leurs devoirs de service et le troisième, à leurs obligations hors de service.

Comme ces expressions l'indiquent clairement, les devoirs de service ou hors de service doivent être accomplis respectivement pendant ou après le temps que le fonctionnaire doit à sa fonction.

La distinction entre ces deux espèces d'obligations est tirée de la loi. Sous le titre « Attitude en service et hors du service », l'article 24 LStF. définit l'obligation de dignité du fonctionnaire pendant et après l'exercice de sa fonction. C'est assurément par inadvertance que le législateur a intitulé « Violation des devoirs *de service*;... », le chapitre IV LStF. portant sur les effets des infractions commises par les fonctionnaires dans leur vie privée aussi bien que dans leur activité officielle.

Les fonctionnaires accusés d'avoir violé leurs obligations hors de service se défendent souvent en contestant l'existence même de tels devoirs. Ils prétendent qu'en dehors de leur fonction, ils ne sauraient être astreints envers l'Etat à des obligations plus étendues que les autres individus. C'est afin de déterminer précisément les limites imposées *hors de service* à la liberté d'opinion des fonctionnaires, que nous en avons fait l'objet d'un chapitre spécial.

Les dispositions qui s'appliquent à la fois pendant et après le service seront étudiées, selon les cas, dans le second et le troisième chapitres ou dans l'un d'eux seulement.

CHAPITRE PREMIER

LES DISPOSITIONS LÉGALES GÉNÉRALITÉS

Section première. Définition

Au point de vue matériel, une disposition légale ou législative est une règle générale et impérative, émanée d'un organe de l'Etat ¹. Définie formellement, c'est une règle formulée dans une loi par une autorité législative ². Comme nous entendons les dispositions légales dans leur sens matériel et non point formel, nous analyserons sommairement les éléments de la première définition.

I. S'appliquant à un ensemble de situations indéterminées, une disposition *générale* survit à son application dans un cas particulier ³. Elle s'oppose à la décision individuelle qui vise une espèce donnée et s'éteint après son application dans le cas pour lequel elle a été prévue. Tandis que la disposition générale contient une règle abstraite, la décision individuelle exprime un ordre concret.

II. Les dispositions légales sont *impératives*, c'est-à-dire qu'elles forment des ordres négatifs ou positifs, adressés aux individus ou aux organes de l'Etat ⁴. Par leur nature impérative, ces dispositions se différencient des avis consultatifs. Même les lois dites supplétives expriment un commandement et peuvent être ainsi considérées comme impératives; elles ne se dis-

¹ L. DUGUIT; *Traité de droit constitutionnel*: 2^e v., p. 161.

² L. DUGUIT; op. cit.: 2^e v., p. 160.

³ L. DUGUIT; op. cit.: 2^e v., p. 166 et s. J. J. ROUSSEAU; *Contrat social*: liv. II, chap. VI, « Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère le sujet en corps et les actions comme abstraites et jamais un homme comme individu ni une action particulière ». « Ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais un acte de législation. »

⁴ L. DUGUIT; op. cit.: 2^e v., p. 180 et s.

tinguent des autres dispositions légales que par le caractère subsidiaire des ordres qu'elles contiennent.

III. Au sens matériel des mots, les dispositions légales doivent émaner d'un *organe quelconque de l'Etat*, législatif, exécutif ou judiciaire.

Votées par l'Assemblée fédérale, elles sont dénommées : lois, arrêtés de portée générale (« *allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse* », ci-après désignés arrêtés généraux) ou arrêtés simples (« *einfache Bundesbeschlüsse* ») ⁵. Il faut entendre par arrêtés généraux, des arrêtés d'un « intérêt général » ⁶ et non pas nécessairement des dispositions générales, applicables à un ensemble de situations indéterminées. Inversement, tous les arrêtés simples, d'intérêt limité, ne sont pas des décisions individuelles.

On parle d'arrêtés, d'ordonnances, de règlements, de prescriptions ou d'instructions, etc., lorsque les dispositions légales ont été édictées par le Conseil fédéral ⁷; toutes ces appellations, sauf celle d'arrêté, conviennent aux dispositions des autorités administratives inférieures. Rappelons que, pour mériter la qualification de légales, les dispositions précitées doivent être à la fois générales et impératives.

Section II. Validité

Le problème de la constitutionnalité et de la légalité des dispositions législatives intéresse le droit positif, à condition seulement qu'une autorité puisse refuser de les appliquer. Il convient donc de déterminer leur validité, autrement dit leur force obligatoire, avant d'examiner si elles sont compatibles avec la Constitution ou les lois.

En vertu de l'article 113 al. 3 CF., le Tribunal fédéral doit appliquer « les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale » ⁸. L'article 114 *bis* al. 3 CF. oblige d'autre part

⁵ FLEINER; *Schw. Bundesstaatsrecht* : p. 399 et s.

⁶ FLEINER; op. cit. : p. 403.

⁷ FLEINER; op. cit. : p. 411 et s.

⁸ L'article 113 al. 3 CF. consacre la prééminence de l'autorité législative sur les autres pouvoirs. La démocratie du referendum n'admet pas que les lois votées par les représentants du peuple et acceptées expressément ou tacitement par ce dernier soient invalidées par une autorité judiciaire. Cf. Z. GIACOMETTI; *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts* : p. 44 et 45.

En droit français, toutes les décisions des autorités, du Président de la République, des ministres aussi bien que des préfets, peuvent être attaquées par un « recours pour excès de pouvoir », adressé au Conseil d'Etat, quand bien même les instances administratives n'ont pas été épuisées. Cf. O. HUNGERBÜHLER; *Dem Rechtsstaat entgegen* : p. 10. FLEINER; op. cit. : p. 443.

la cour administrative à conformer ses jugements à la « législation fédérale ». Selon l'avis de la doctrine, il faut entendre par « législation fédérale », aux termes de cette disposition, les lois et les arrêtés généraux votés par l'Assemblée fédérale⁹. Par conséquent, ces actes législatifs lient toutes les sections du Tribunal fédéral, y compris sa section de droit public et administratif, qui tient lieu de cour administrative. Les organes judiciaires cantonaux et les autorités administratives devant aussi observer — *a fortiori* — les dispositions précitées, il est inutile de rechercher si elles sont en accord avec la Constitution et les lois¹⁰.

On peut inférer *a contrario* des articles 113 al. 3 et 114 *bis* al. 3 CF.¹¹ que le Tribunal fédéral n'est pas tenu d'appliquer les arrêtés simples de l'Assemblée fédérale ni les dispositions légales du Conseil fédéral ou de ses subordonnés. La cour judiciaire fédérale peut donc apprécier la constitutionnalité ou la légalité de ces actes législatifs.

Elle est compétente pour juger de la légalité, mais non de la constitutionnalité des dispositions légales rendues en application des lois ou des arrêtés généraux de l'Assemblée fédérale¹². En examinant la constitutionnalité de ces dispositions d'exécution, le Tribunal fédéral se prononcerait en même temps sur la conformité avec les normes constitutionnelles, des actes législatifs énumérés à l'article 113 al. 3 CF. Ce faisant, il violerait cette disposition qui serait presque lettre morte, si les lois et les arrêtés généraux inconstitutionnels, votés par l'Assemblée fédérale, ne pouvaient être complétés sous la forme d'arrêtés simples, d'ordonnances, de règlements, etc.

Le Tribunal fédéral¹³ se considère lié par les ordonnances de nécessité rendues par le Conseil fédéral, en vertu des pleins pouvoirs que lui confère l'Assemblée fédérale. Au contraire de Burckhardt¹⁴, qui approuve cette

⁹ W. BURCKHARDT; *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*: p. 802, « Die Auslassung der « allg. verbindlichen Beschlüsse » der BVers. bedeutet keine sachliche Änderung. » GIACOMETTI; *Die Verfassungsgerichtsbarkeit...*: p. 86 et 87, note 6.

¹⁰ OJF.: art. 178 ch. 1. En vertu de cette disposition, un recours peut être adressé au Tribunal fédéral contre un arrêté cantonal, pour violation de droits constitutionnels, de conventions ou de concordats intercantonaux et de traités internationaux.

¹¹ BURCKHARDT; op. cit.: p. 789. FLEINER; op. cit.: p. 443, note 8, et p. 444. GIACOMETTI; op. cit.: p. 14, note 27, et p. 90 et s.

¹² BURCKHARDT; op. cit.: p. 789. FLEINER; op. cit.: p. 445. GIACOMETTI; op. cit.: p. 90 et 91, « Das Bundesgericht kann also mit anderen Worten die unselbständigen Verordnungen lediglich auf ihre Gesetzmässigkeit und somit auch auf ihre ursprüngliche Verfassungsmässigkeit prüfen; eine Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der gesetzmässigen unselbständigen Verordnungen, also der abgeleiteten Verfassungsmässigkeit derselben steht ihm hingegen nicht zu. »

¹³ TF.: 31. I. 223; 41. I. 551; 44. I. 90; 46. I. 308.

¹⁴ Op. cit.: p. 789, note 3.

jurisprudence, Fleiner ¹⁵ et Giacometti ¹⁶ estiment que le Tribunal fédéral est compétent pour examiner si les ordonnances de nécessité du Conseil fédéral excèdent les pouvoirs qui lui ont été attribués. Cette controverse paraît dépourvue d'intérêt pratique, attendu que les textes législatifs octroyant des pleins pouvoirs au Conseil fédéral sont conçus généralement en des termes qui souffrent une interprétation extensive.

Comme la Suisse connaît un seul droit objectif qui doit être uniformément appliqué ¹⁷, les tribunaux de tous ordres et les autorités administratives ¹⁸ jouissent de la même liberté d'appréciation que le Tribunal fédéral.

En conclusion, il y a lieu d'examiner, pour l'éventualité où les autorités judiciaires et administratives seraient appelées à les appliquer, si les arrêtés simples de l'Assemblée fédérale et les dispositions légales des organes exécutifs, à l'exception des ordonnances de nécessité, sont compatibles avec la Constitution ou les lois. Nous nous poserons cette question toutes les fois que, dans notre étude des dispositions légales ¹⁹, nous rencontrerons des règles qui ne rentrent ni dans les lois ou les arrêtés généraux de l'Assemblée fédérale, ni dans les ordonnances de nécessité du Conseil fédéral.

CHAPITRE II

LES OBLIGATIONS DE SERVICE

Section première. Les principes

§ 1. Généralités

Pendant leur service, tous les fonctionnaires quels qu'ils soient peuvent être obligés de taire une opinion. En revanche, seuls les fonctionnaires qui ne sont pas astreints à un travail exclusivement matériel ou machinal sont appelés à formuler un jugement dans l'exécution de leurs devoirs de service. Parce que leur tâche est politique plutôt que technique, c'est aux organes

¹⁵ Op. cit. : p. 419, spécialement, note 32. Fleiner paraît avoir changé d'avis dans le rapport qu'il a présenté au soixante-neuvième congrès de la société des juristes suisses; Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, 1934, Erstes Heft : p. 17a et s. Cf. J. FAVRE; *Le droit de nécessité de l'Etat* : p. 41, note 1.

¹⁶ Op. cit. : p. 91 et 92.

¹⁷ BURCKHARDT; op. cit. : p. 789. GIACOMETTI; op. cit. : p. 14, note 23.

¹⁸ Y compris les fonctionnaires. Cf. ci-dessous, notre interprétation de l'article 25 LStF., p. 40 et s.

¹⁹ Cf. infra : p. 48, 49 et 80.

supérieurs de l'Administration ¹ qu'incombe principalement le soin d'exprimer des opinions. Pour ce motif, leur liberté de pensée est plus restreinte que celle de leurs subordonnés. En un autre sens, la liberté d'opinion des chefs est moins étroitement limitée que celle de leurs subalternes, puisque les premiers peuvent déterminer les opinions qu'ils sont tenus de manifester, plus librement que les seconds.

§ 2. Article 22 LStF.

Si grande est l'importance de l'article 22 LStF. qu'il mériterait de figurer dans la Constitution fédérale. Cette disposition de principe contient deux parties distinctes :

La première a la teneur suivante : « Le fonctionnaire est tenu de remplir fidèlement et consciencieusement ses obligations de service. »

La seconde oblige le fonctionnaire à « faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération » et à « s'abstenir de tout ce qui leur porte préjudice ».

Comme le fonctionnaire sauvegarde les intérêts de la Confédération en remplissant ses obligations de service avec conscience et fidélité, il suffit d'analyser la deuxième partie de l'article 22 pour déterminer le sens de cette disposition tout entière. Alors que nul ne conteste son application à l'activité officielle des fonctionnaires, d'aucuns prétendent qu'elle ne concerne pas leur vie privée. Dans le présent paragraphe, nous nous occupons de l'article 22 en tant seulement qu'il impose aux fonctionnaires des obligations de service. Nous examinerons, au cours d'un paragraphe suivant (Titre I, Ch. III, Section I, § 2), si et dans quelle mesure cette disposition les soumet à des devoirs hors de service.

L'obligation prévue par la deuxième partie de l'article 22 consiste dans un *facere* et un *non facere*. Le fonctionnaire n'est pas seulement tenu de ne rien entreprendre contre les intérêts de la Confédération, mais il est appelé à les défendre par une action positive. Pour « faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération », le fonctionnaire ne doit pas se borner à les ménager dans son activité; au contraire, il doit prendre l'initiative de les soutenir lorsqu'ils sont menacés ².

¹ Les fonctionnaires, quel que soit leur rang, sont toujours limités par une règle dans l'expression de leurs opinions. Seuls les gouvernants agissant comme tels jouissent d'une liberté absolue.

² Les obligations du soldat qui doit être prêt au sacrifice de sa vie sont généralement plus étendues que celles du fonctionnaire. Cf. E. ALTORFER; *Die Dienstverweigerung nach*

Que faut-il entendre par les « intérêts de la Confédération » au sens de l'article 22 LStF. ? Le Message du 18 juillet 1924 reprend l'expression du législateur sans l'expliquer : « Le devoir de fidélité implique l'obligation de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de l'Etat et de s'abstenir de tout ce qui leur est contraire ³. » Les débats des Chambres fédérales ne nous éclairent pas davantage sur le sens des termes légaux, car, à notre étonnement, une disposition aussi essentielle n'a suscité aucune discussion au sein des corps législatifs. Le rapporteur de la Commission du Conseil des Etats s'est borné à souhaiter que l'article 22 fût respecté par les fonctionnaires de la manière la plus absolue ⁴. On ne saurait tirer de cette déclaration qu'une seule déduction utile à l'analyse de la loi, à savoir qu'elle doit être interprétée largement plutôt que strictement.

La Confédération suisse étant une république démocratique, ses intérêts s'identifient avec ceux de la *majorité du peuple* ⁵. Si claire soit-elle, cette constatation ne permet pas à elle seule de préciser le sens de l'article 22. En effet, les intérêts de la majorité du peuple peuvent être conçus différemment par chaque individu. Les uns font dépendre l'existence de l'Etat du maintien et même du renforcement de l'armée, d'autres estiment que les intérêts supérieurs de la Confédération exigent la suppression des institutions militaires. Les avis divergent même sur les intérêts pécuniaires de l'Etat; n'arrive-t-il pas à certains de contester l'utilité pour l'ensemble, de ressources ou de dépenses que d'autres approuvent ?

Quelles sont, parmi les diverses conceptions des intérêts de la Confédération, celles qui doivent inspirer l'activité des fonctionnaires ? Il est impossible d'admettre que ce soient les leurs propres, car, dans cette hypothèse, la seconde partie de l'article 22 reconnaîtrait à tous les fonctionnaires la faculté d'agir à leur guise. Eût-il voulu cette solution, que le législateur aurait pu faire l'économie de la disposition précitée sans dommage pour l'Etat.

schweizerischem Militärstrafrecht : p. 28 et s. H. SPIELMANN; *Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses in der Schweiz* : p. 18. G. WATRIN; *Note de jurisprudence, Revue du droit public et de la science politique* : 1930, p. 787, « ... la règle du service public de la défense nationale exige une adaptation des droits individuels à des nécessités propres à l'état militaire ». R. BONNARD; *Note de jurisprudence, Revue du droit public et de la science politique* : 1929, p. 651.

³ p. 97.

⁴ Bull. stén. CE. 1925, p. 113.

⁵ Les intérêts de la Confédération ne sont pas ceux de la totalité du peuple, car il n'existe pas d'intérêt absolument général, mais seulement des intérêts particuliers. L'article 130, al. 1, de la Constitution de Weimar dispose que : « Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei. » Cette conception purement idéologique est sans fondement réel. Cf. W. SCHLEWEIS; *Das Recht der Beamten...* : p. 12.

La logique n'est satisfaite que si l'attitude des fonctionnaires est déterminée par les intérêts de la majorité du peuple, *tels que se les représentent les gouvernants* ⁶. La loi est l'expression de leur volonté. Elle peut sans doute tolérer que le fonctionnaire défende des intérêts contraires à ceux des gouvernants; il serait en revanche incompréhensible qu'elle l'oblige à se comporter d'une manière peut-être nuisible aux intérêts de la Confédération tels que les gouvernants les conçoivent. Sans se rendre coupable d'une absurdité, on ne peut imputer aux gouvernants l'intention d'exiger du fonctionnaire une attitude qu'ils réprouvent.

Pour analyser complètement la disposition de l'article 22, il faut enfin définir les gouvernants, dont les conceptions limitent la conduite des fonctionnaires. Les gouvernants sont les individus capables de poser les normes fondamentales de l'ordre juridique, les seules qui ne soient pas créées en exécution d'une règle supérieure. Sous un régime autocratique absolu, un seul gouvernerait, tandis que tous les individus participeraient au gouvernement dans la démocratie idéale. Doivent être considérés comme gouvernants dans notre démocratie relative : principalement, la majorité du peuple; subsidiairement, dans les domaines où la volonté populaire ne se manifeste pas, la majorité des assemblées législatives, mandataires du peuple au premier degré; très subsidiairement, s'il s'agit de questions soustraites à l'examen du peuple et des corps législatifs, les organes du pouvoir exécutif qui représentent la nation à un degré plus éloigné.

En tant qu'organes de l'administration, les fonctionnaires sont gouvernés par l'autorité administrative supérieure, c'est-à-dire le Conseil fédéral ou l'instance à laquelle il délègue ses pouvoirs.

Il ressort de notre interprétation de l'article 22 que la liberté des fonctionnaires, spécialement leur liberté de pensée, est limitée par les conceptions du Conseil fédéral. Il peut donc leur interdire toute discussion politique, leur

⁶ Ch. NAINÉ (*Etude...* : p. 22) défend en ces termes la même opinion : « Or, qu'est-ce que les intérêts de la Confédération ? Pour un citoyen libre, ça peut être la propagation d'idées absolument opposées à celles du gouvernement. Chez un fonctionnaire pour qui les intérêts du patron se confondent avec ceux de l'Etat politique, la notion des intérêts de la Confédération s'identifie avec celle qu'en ont ses chefs. A moins de s'insurger contre ses chefs, c'est-à-dire contre le patron, il ne peut défendre les intérêts de l'Etat autrement que ceux-ci ne les conçoivent. »

En l'absence de dispositions légales, les juristes français estiment que l'attitude des fonctionnaires est limitée par « les intérêts du service public ». Ce sont aussi les conceptions que les gouvernants ont de ces intérêts, qui déterminent les obligations des fonctionnaires. Cf. *Exposé des motifs d'un projet de loi française sur le statut des fonctionnaires* : p. 314. M. HAURIQU; *Précis...* : p. 13 et 14. R. BONNARD; *Note de jurisprudence, Revue du droit public et de la science politique* : 1932, p. 354.

imposer la lecture d'un journal officiel ou les obliger à prendre part à une manifestation religieuse.

Cette limitation de la liberté d'opinion des fonctionnaires est plus étendue que les restrictions résultant pour les employés privés, des contrats de travail ordinaires. Aussi convient-il de se demander si les fonctionnaires se sont rendu compte de la portée réelle de l'article 22 LStF. puisqu'aux Chambres fédérales, personne ne s'est opposé à son adoption. S'ils avaient voulu concentrer leurs efforts sur un objectif particulier, les représentants des fonctionnaires auraient dû battre en brèche la disposition vulnérable de l'article 22, au lieu d'attaquer leurs adversaires sur le terrain inexpugnable des articles 13 et 23, relatifs à la liberté d'association et au droit de grève. Ils auraient obtenu plus aisément, semble-t-il, l'atténuation des obligations prévues à l'article 22 que la reconnaissance du droit de grève ou d'une plus grande liberté de s'associer.

Section II. Les dispositions particulières

§ 1. La grève

I. Définition

La grève est le refus simultané et concerté de plusieurs employés d'accomplir le travail qui leur est imposé par un rapport de service privé ou public. On distingue donc, selon les personnes qui y prennent part, les grèves des employés privés et celles des employés publics (fonctionnaires et agents).

Conformément à la *communis opinio*, nous définissons la grève comme un *acte collectif*⁷. Dans le Message relatif à la loi sur le statut des fonctionnaires, le Conseil fédéral se singularise en dénommant grève « tout refus individuel ou collectif de travail »⁸.

Il ne suffit pas pour qu'il y ait grève, que le refus de travailler soit collectif, il faut encore qu'il soit *concerté*⁹, c'est-à-dire qu'il procède d'une entente expresse ou tacite des grévistes. Point n'est besoin en revanche que tous les grévistes ou plusieurs d'entre eux soient occupés dans la même entreprise.

⁷ Ch. NAINE; *Etude...* : p. 28, « Un refus individuel n'est pas une grève. »

⁸ p. 98.

⁹ Ch. NAINE; *Etude...* : p. 29, « A notre avis, on pourrait définir la grève : la cessation collective et concertée du travail pendant un certain temps. »

La grève se caractérise comme un *refus de travailler*, c'est-à-dire de remplir une occupation rétribuée. L'inaccomplissement d'une autre prestation n'est pas un acte de grève. Plusieurs locataires qui refusent en même temps de payer leur loyer ne peuvent être accusés de faire grève, au sens juridique du mot. En revanche, il est indifférent que le travail imposé aux grévistes le soit par un contrat de travail proprement dit, ou par une autre convention, telle qu'un contrat d'entreprise.

La grève est *illicite* par définition, puisqu'elle viole nécessairement un rapport de service. L'illicéité de la grève des employés privés résulte des dispositions générales du Code des obligations, relatives à l'exécution des contrats. Quant à la grève des employés publics, l'article 23 LStF. l'interdit expressément ¹⁰.

Les employés privés qui résilient un contrat de travail pour la même date, en respectant les exigences légales et conventionnelles, ne sont pas des grévistes ¹¹. De même, les fonctionnaires qui cessent leur travail à la fin d'une période administrative ne sont pas en grève, s'ils ont avisé l'autorité, trois mois auparavant, de la résiliation de leurs rapports de service, conformément à l'article 57 al. 3 LStF. ¹².

Il semble qu'un malentendu soit né à ce sujet entre les défenseurs et les adversaires du droit de grève. Plusieurs des députés au Conseil National qui se sont opposés à l'interdiction de la grève des fonctionnaires entendaient, sous le terme de grève, non pas la violation d'un rapport de service, mais tout refus de travailler, même conforme à la loi et aux conventions ¹³. Cette différence d'interprétation peut expliquer leur attitude, si elle ne la justifie pas.

La *forme* et le *but* de la grève, variant à l'infini, n'entrent pas dans sa définition ¹⁴. La grève tend généralement à obtenir de l'employeur l'amélioration des conditions de travail de l'employé. Aussi, la plupart du temps, les grévistes ont-ils l'intention de reprendre le travail après avoir atteint

¹⁰ Cf. projet de loi relatif au statut des fonctionnaires publics présenté par le gouvernement français à la Chambre des Députés, le 1^{er} juin 1920 : art. 11.

¹¹ Dans le même sens, A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik nach schweizerischem Recht* : p. 25. En sens contraire, Ch. NAINÉ; *Etude...* : p. 30, « Généralement les organisations syndicales en Suisse font la grève après avoir résilié dans le délai voulu le contrat de travail. Lorsque les salariés cessent de travailler, il n'y a donc plus de lien légal entre eux et leur patron. On ne saurait dans ce cas parler d'un refus de travail. »

¹² En sens contraire, Ch. NAINÉ; *Etude...* : p. 30.

¹³ Bull. stén. CN. : 1926, p. 508.

¹⁴ Ch. NAINÉ; *Etude...* : p. 29, « Elle peut être destinée à soutenir ou même à réprimer une révolution. C'est ainsi qu'au mois de juillet 1936, le gouvernement espagnol a décrété la grève générale obligatoire pour résister à un coup d'état militaire. »

leur but ¹⁵. Il peut cependant y avoir grève, même si les grévistes ont décidé d'abandonner définitivement leurs occupations.

La grève des fonctionnaires intéresse notre thèse à un double titre : 1^o parce que toute grève est une protestation et, partant, que tout gréviste exprime une opinion ; 2^o parce que le fonctionnaire obligé de manifester une opinion par ses devoirs de service, les enfreint en faisant grève.

II. *Effets juridiques*

L'employé privé en grève est tenu de réparer le dommage résultant de l'inexécution de ses obligations (« positives Vertragsinteresse ») si le contrat est maintenu et le dommage résultant de l'invalidité du contrat (« negatives Vertragsinteresse ») si l'employeur s'en départ ¹⁶.

Le fonctionnaire gréviste engage sa responsabilité pénale, civile et disciplinaire. Il peut être condamné à une amende en application des articles 53 litt. f. et 57 du Code pénal fédéral ¹⁷. L'Etat peut lui réclamer ou déduire de son traitement, sur la base de l'article 29 LStF., le montant du dommage résultant de l'inexécution de ses obligations ¹⁸. Parmi les nombreuses peines disciplinaires que prévoit la loi ¹⁹, la sanction qui atteindra le plus gravement le fonctionnaire gréviste sera la révocation, parce qu'elle met fin aux rapports de service qu'en général il n'a pas l'intention de résilier.

Appendice

Motifs de l'interdiction

L'article 13 LStF. ayant suscité dans la presse aussi bien qu'aux Chambres fédérales les débats les plus animés, nous étudierons les principaux arguments invoqués contre et pour les grèves en général et celles des fonctionnaires en particulier.

1. Parmi les objections opposées au droit de grève, nous commencerons par examiner un argument logique qui vaut aussi bien pour les grèves des fonctionnaires que pour celles des employés privés. C'est à notre avis le seul qui condamne décidément toutes les formes de grèves.

Nous nous efforcerons, en second lieu, de démontrer l'inexactitude d'un

¹⁵ A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...* : p. 40. DUGUIT; *Traité...* : 3^e v., p. 225. M. CÉRÉSOLE; *La question des grèves de fonctionnaires en droit public français* : p. 98. W. SCHLEWEIS; *Das Recht...* : p. 78.

¹⁶ CO. art. 107 et 109.

¹⁷ A. PICOT; *Avis de droit...* : p. 8. A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...* : p. 19 et s., 51 et s.

¹⁸ A. PICOT; op. cit. : p. 8. A. STUDHALTER; op. cit. : p. 27 et 63.

¹⁹ A. STUDHALTER; op. cit. : p. 41.

argument de droit relatif aux seules grèves de fonctionnaires et développé par le Conseil fédéral dans le Message du 18 juillet 1924 ²⁰.

Les autres objections sont de nature politique et s'appliquent spécialement aux grèves des fonctionnaires; elles ne sont valables que dans certains cas ou considérées d'un certain point de vue, c'est-à-dire relativement. Les auteurs qui s'en servent pour condamner *a priori* toute grève de fonctionnaires pèchent donc par excès de généralisation. Par contre, le Conseil fédéral reste dans son rôle de gouvernement en les invoquant.

a. L'argument logique peut se formuler dans les termes suivants : si l'individu lié par un rapport de service est tenu d'exécuter les devoirs qui en résultent, il faut admettre, *a fortiori*, que plusieurs individus ne peuvent simultanément enfreindre les obligations des rapports de service auxquels ils sont parties ²¹. Lorsque tous les grévistes ou plusieurs d'entre eux sont unis au même employeur, une grève lui cause en effet un préjudice plus grave qu'un refus individuel de travailler.

Il est admissible que la loi accorde au fonctionnaire le droit de recourir contre les décisions de ses supérieurs auprès d'une autorité administrative ou judiciaire ²². Il serait concevable qu'elle lui conférât la liberté, octroyée à l'employé privé par l'article 352 CO., de résilier sans délai ses rapports de service pour de justes motifs, à condition qu'une autorité supérieure fût chargée de contrôler l'exercice de cette faculté. Mais il est impossible que, sans faillir à la logique, elle reconnaisse un droit de grève aux fonctionnaires. Pourrait-on s'expliquer qu'un code pénal déclarât punissables le meurtre et le vol individuels, et licite, la commission collective de ces délits ? De même serait-il incompréhensible que les dispositions légales régissant l'état des fonctionnaires puissent être violées collectivement par ces derniers. Le principe *pacta servanda sunt*, sur lequel s'édifie l'ensemble des relations juridiques, ne peut être enfreint ni individuellement ni collectivement.

b. Les auteurs ²³ du projet de la LStF. estiment que l'interdiction de la grève des fonctionnaires dérive de la nature des rapports qui les unissent à l'Etat. Il découle de cette opinion que seules les grèves des fonctionnaires seraient interdites, tandis que celles des employés privés seraient légales. Ce raisonnement officiel contredit les dispositions de droit positif d'où résulte l'illicéité des grèves d'employés privés.

c. Les gouvernants exercent leur pouvoir par l'instrument de l'administration. L'exécution de leur volonté dépend de l'accomplissement fidèle par les fonctionnaires des obligations qui leur sont imposées. La grève des fonctionnaires est intolérable aux yeux de certains auteurs ²⁴, parce qu'elle paralyse l'action des gouvernants et peut favoriser l'avènement au pouvoir de leurs adversaires. Un tel argument n'est valable que regardé par la lunette des gouvernants. Jugée par les gouvernés ou par un observateur impartial, la grève des fonctionnaires peut paraître souhaitable.

²⁰ p. 98.

²¹ DUGUIT; *Traité...* : 3^e v., p. 222, 223 et 226.

²² Cf. LStF. et LJAD.

²³ Message du 18 juillet 1924 : p. 98. Dans le même sens, W. SCHLEWEIS; *Das Recht...* : p. 77 et s.

²⁴ G. CAHEN; *Les fonctionnaires* : p. 371, « ... C'est une entrave mise à l'exercice de la souveraineté nationale dans le fonctionnement d'un ou de plusieurs de ses organes. » Bull. stén. CN. : 1926, p. 486.

d. On s'accorde volontiers à déclarer que les services publics sont institués dans l'intérêt général ²⁵, qui est commun, par définition, à la majorité de la nation. Or, prétend-on, l'intérêt général doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier. Il serait donc intolérable que, pour défendre leurs propres intérêts, les fonctionnaires nuisent à l'intérêt général, en interrompant collectivement le fonctionnement des services publics. Par la grève, les fonctionnaires se feraient une arme contre la nation, du service public créé dans l'intérêt de l'ensemble. Cette argumentation serait inattaquable, si elle ne contenait deux pétitions de principe. Ses auteurs omettent en effet de démontrer que l'intérêt général est la fin de tout service public et qu'il doit nécessairement primer les intérêts particuliers. L'une et l'autre preuves sont d'ailleurs impossibles. A tort ou à raison, on reproche sous tous les régimes à certaines branches de l'administration de servir un parti au lieu de la collectivité. Il peut arriver en outre qu'un intérêt particulier, par exemple celui des fonctionnaires à la réforme de leur statut, soit plus justifié au regard de la morale que l'intérêt prétendu général de la nation, au fonctionnement ininterrompu des services publics.

e. Les auteurs hostiles aux grèves de fonctionnaires, étayaient souvent leur thèse sur l'affirmation que la marche régulière et continue des services publics est indispensable à la vie de l'Etat ²⁶. Telle est l'opinion du Conseil fédéral dans le Message à l'appui de la loi sur le statut des fonctionnaires ²⁷ : « C'est en raison de leur nécessité pour toute nation qui veut vivre en sécurité que l'Etat organise les services publics. C'est pour assurer la permanence de leur fonctionnement qu'il en confie l'exploitation, non pas à l'entreprise privée, mais à des fonctionnaires. Il est tout naturel dès lors que la loi interdise formellement d'en arrêter la marche régulière. La loi doit catégoriquement défendre le refus du travail individuel ainsi que la cessation concertée du travail. » Ce raisonnement n'est pas absolument convaincant. Si la nécessité de plusieurs institutions telles que la justice ou la police n'est guère contestée, la suppression de diverses fonctions publiques est souvent réclamée. L'arrêt, même définitif, de certains services de l'Etat ne pourrait le mettre en péril. La Suisse, par exemple, ne se porterait pas beaucoup plus mal, s'il prenait envie aux seuls fonctionnaires du bureau fédéral de statistique de faire grève. En revanche, quelques entreprises privées sont aussi nécessaires

²⁵ Message du 18 juillet 1924 : p. 5, « En effet, si les fonctionnaires ont des droits dont ils revendiquent avec raison la reconnaissance, ils ont aussi des obligations qu'ils sont tenus de remplir. La première d'entre elles, c'est de ne jamais se dresser en adversaires de l'intérêt public qu'ils ont l'obligation à la fois de respecter et de défendre. L'administration qui est créée pour le public ne doit jamais être une arme que les fonctionnaires puissent retourner contre la collectivité. » Exposé des motifs du projet français d'une loi sur le statut des fonctionnaires, du 1^{er} juin 1920 : p. 316. G. JÈZE; *Les principes...* : 2^e v., p. 246, « Grève et service public sont des notions antinomiques. La grève est le fait qui subordonne le fonctionnement d'un service public, c'est-à-dire la satisfaction d'un besoin général, aux intérêts particuliers des agents ». M. CÉRÉSOLE; *La question...* : p. 87 et s. L. ROLAND; *Les deux grèves des postes et le droit public*, *Revue du droit public et de la science politique* : 1909, p. 299. M. VAUTHIER; *Précis de droit administratif de la Belgique* : p. 47.

²⁶ M. HAURIU; *Précis...* : p. 747 et 748. Idem; *Droit administratif* : p. 4, « Il semble que la pire des calamités serait l'arrêt ou la suspension des services publics. » G. CAHEN; *Les fonctionnaires* : p. 340. M. CÉRÉSOLE; *La question...* : p. 88 et 90, note 1.

²⁷ p. 5.

à la nation que les services publics les plus importants²⁸. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que la grève de tous les employés des magasins d'alimentation ferait souffrir les habitants d'une grande ville autant, sinon plus, que la cessation des transports publics. Il ne paraît donc pas légitime de condamner la grève des fonctionnaires en raison de l'importance des services qu'ils sont appelés à rendre au public.

f. « Les motifs qui excluent la grève des employés et fonctionnaires, déclare le Message du 18 juillet 1924²⁹, sont péremptoires. Ils sont plus décisifs encore dans un Etat démocratique, où la nation elle-même a fixé les conditions de l'engagement et en particulier le chiffre des salaires. » Ici encore, il faudrait indiquer les motifs pour lesquels la volonté de la nation, c'est-à-dire de la majorité, surpasse nécessairement la volonté de la minorité que représentent les fonctionnaires. Au surplus, seules peuvent être considérées comme émanant de la nation, les dispositions légales sur lesquelles le peuple s'est prononcé ou pouvait être appelé à voter. Les arrêtés généraux munis de la clause d'urgence, les arrêtés simples et les ordonnances, y compris les règlements, les instructions et les prescriptions, en bref, toutes les dispositions soustraites au referendum n'expriment pas directement la volonté de la nation, mais celle d'autres organes de l'Etat. Or, il résulte à l'évidence de nombreux scrutins que les opinions du peuple et celles du Parlement ou du pouvoir exécutif sont souvent divergentes. Les fonctionnaires pouvant être régis par des dispositions reprouvées par la majorité du peuple, il est donc peu exact de prétendre que, « dans notre pays, la grève des fonctionnaires prend le caractère d'une grève vis-à-vis du peuple tout entier »³⁰.

g. On estime parfois que la grève est inutile aux fonctionnaires dans notre démocratie, parce qu'ils disposent de moyens légaux plus efficaces pour faire triompher leurs revendications³¹. Ne peuvent-ils pas user à cette fin, des droits de vote, d'initiative, de referendum et même de recours aux autorités judiciaires ? Et pourtant, ces voies diverses n'assurent pas aux fonctionnaires la réalisation de leurs vœux. N'étant qu'une minorité de la nation, ils ne peuvent jouer un rôle prépondérant dans les votations publiques. Nous venons d'observer d'ailleurs que les opinions du peuple ne sont pas toujours conformes à celles de ses représentants et que le referendum peut être requis sur un nombre limité seulement de dispositions légales. Au surplus, l'initiative constitutionnelle ne permet pas aux fonctionnaires d'obtenir rapidement les satisfactions qu'ils désirent. Enfin, le droit de recours dont ils bénéficient ne peut être exercé qu'à l'encontre des décisions individuelles et non point des dispositions générales.

En conséquence, l'imperfection des moyens légaux rend impossible la preuve qu'en Suisse, toute grève des fonctionnaires est superflue.

2. Les défenseurs du droit de grève font valoir à l'appui de leur opinion des arguments de droit et de fait, dont nous réfuterons successivement les plus sérieux.

a. Ils prétendent d'abord que le droit de grève dérive de la liberté du

²⁸ G. CAHEN; *Les fonctionnaires* : p. 340.

²⁹ p. 5. Cf. Bull. stén. CN. 1926 : p. 496 et 511.

³⁰ p. 5.

³¹ Bull. stén. CN. 1926 : p. 486. A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...* : p. 44, note 1. G. CAHEN; *Les fonctionnaires* : p. 361.

commerce et de l'industrie, garantie par l'article 31 CF.³² Cette déduction fût-elle exacte, que les employés privés ne pourraient invoquer le droit de grève à l'égard de leurs employeurs, car les libertés individuelles *sensu stricto* sont protégées contre les atteintes de l'Etat, mais non contre celles des particuliers. Les fonctionnaires ne sauraient non plus se fonder sur ce droit, pour refuser d'exécuter les obligations qu'ils ont assumées envers l'Etat. Si la liberté du commerce et de l'industrie comprend la faculté de contracter, il est de toute évidence qu'elle n'embrasse pas la liberté de violer les contrats.

b. D'aucuns voudraient que le droit de grève fût accordé aux employés afin d'atténuer l'inégalité réelle, sinon juridique, dont ils souffrent. Les défenseurs de cette opinion reconnaissent qu'en droit, tous les individus jouissent de la liberté de contracter, mais ils affirment qu'en fait, les employés sont obligés d'accepter le travail que leur offre l'employeur, aux conditions qu'il leur impose³³. Cette argumentation, qu'affaiblit la puissance grandissante des syndicats, peut être approuvée au regard de la loi morale³⁴ ou sociale, mais elle est insoutenable en droit. Elle s'oppose en effet au principe que nous avons rappelé, *pacta servanda sunt*. Autant les exceptions prévues à cette règle par le Code des obligations³⁵ paraissent justifiées, autant il serait inadmissible que la loi déclare licite toute violation collective d'un contrat. Une dérogation au principe aussi étendue le ruinerait et compromettrait la sécurité des relations juridiques.

c. Les partisans des grèves de fonctionnaires se sont opposés enfin à l'adoption de l'article 23 LStF., en lui déniaient toute valeur pratique. La grève, prétendent-ils, est un phénomène irrésistible que le droit ne peut maîtriser. Ils ajoutent que la menace de sanctions n'empêche pas la grève d'éclater, lorsque les fonctionnaires sont convaincus de sa nécessité³⁶; selon

³² Ch. NAINÉ; *Etude...* : p. 31, « Il n'est pas garanti explicitement par la Constitution fédérale comme le droit d'association, mais il découle de l'article 31 de la CF. qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie. Supprimer ce droit à une partie des citoyens, c'est certainement leur retirer la garantie de l'article 31 qui leur permet de disposer de leur travail selon les règles du droit. C'est également violer l'article 4 de la CF... » L'article 23 LStF. ne viole pas le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, puisque les grèves d'employés privés sont illicites aussi bien que celles des fonctionnaires.

³³ Il est intéressant de noter à ce sujet l'opinion d'un adversaire résolu du marxisme, Nicolas BERDIAEFF (*Christianisme et réalité sociale*, Labor 1934 : p. 113) : « On entend ici par liberté de travail, la liberté de le vendre en qualité de marchandise. Cette liberté se réalise sous la redoutable menace de ne plus pouvoir subsister. Les conditions des acheteurs du travail sont dictées par la situation inextricable du vendeur. L'acheteur peut attendre et choisir, alors que le vendeur se trouve privé de cette possibilité. »

³⁴ N. BERDIAEFF; eodem loco : p. 137, « Nier le droit de grève aux ouvriers, en partant des principes absolus de la morale chrétienne, c'est commettre une injustice, c'est refuser de voir les abus effectifs, recouverts par le droit et la légitimité, souvent infiniment plus grands que ceux des grèves. » Cf. les déclarations de M. Evéquoz au Conseil National; Bull. stén. CN. 1926 : p. 486.

³⁵ Dans les cas de lésion et de vices de la volonté. CO. art. 21, 23 et s.

³⁶ Ch. NAINÉ; *Etude...* : p. 34, « Cet attirail menaçant ne peut rien contre la volonté collective de quelque vingt ou quarante mille individus dont la cohésion aura été renforcée par le régime de déchéance civique auquel on les soumet. » Idem; op. cit. : p. 35, « Une grève n'a pas besoin d'être prévue dans les statuts, ni même dans les assemblées pour éclater. Chaque salarié la porte au fond de lui-même comme le moyen suprême dont il dispose pour se faire rendre ce qu'il estime être la justice. Et lorsque l'immense majorité est arri-

les défenseurs de cette opinion, il est impossible que des peines soient appliquées à l'ensemble des grévistes. La fragilité de ces propositions apparaît à première vue. Aurait-il pour seul effet de préciser un point de doctrine contesté, que l'article 23 LStF. justifierait son utilité ³⁷. Si une telle disposition ne ramène pas à leurs devoirs les fonctionnaires résolus à les violer, elle incite à l'exécution fidèle de leurs obligations les hésitants qui sont sollicités de s'associer à un mouvement de grève. Au surplus, on ne peut inférer de la clémence dont les autorités fédérales ont usé après la grève de 1918 que les fonctionnaires grévistes demeurent toujours impunis. Ailleurs qu'en Suisse et à maintes reprises, des sanctions ont été infligées à des fonctionnaires qui avaient participé à des grèves de grande envergure ³⁸.

§ 2. L'exécution des ordres de service

I. Généralités

Un ordre de service est l'acte unilatéral par lequel un organe de l'administration impose à un employé public un devoir de service; il est général ou particulier, selon qu'il s'adresse à plusieurs ou à un seul employé. Rien n'empêche qu'un ordre de service soit une disposition légale au sens où nous l'avons définie.

Nous consacrons quelques pages de notre thèse à l'exécution des ordres de service qui peuvent exprimer une opinion et charger un fonctionnaire de traduire ou non une pensée. Par exemple, en ordonnant à un fonctionnaire d'écarter une requête, un chef de service manifeste un jugement et oblige son subordonné à l'imiter.

La fin de l'organisation administrative est de réaliser la volonté des organes supérieurs de l'Etat; ce but ne peut être atteint que si leurs ordres sont exactement transmis, d'échelon en échelon, jusqu'aux fonctionnaires chargés de les exécuter ³⁹. Il est donc nécessaire au fonctionnement régulier des services publics que tous les organes de l'administration soient unis par

vée à cette persuasion qu'il n'y a plus d'autre moyen à sa disposition, lorsque le mécontentement, l'irritation soulèvent les esprits, elle éclate pour un rien et se propage comme une traînée de poudre. » W. AMMANN; *Die Wahrung...*: p. 176.

³⁷ A. HOFFMANN; *Gutachten...*: p. 2, « Nachdem der Föderativverband noch in seiner Eingabe an die ständerätliche Kommission Streichung des ganzen Art. 22 verlangt, also auch des ersten Alineas, in welchem bestimmt wird, dass der Beamte weder selbst in Streik treten, noch andere Beamte dazu veranlassen darf, ist es wünschenswert, dass die Kontroverse klipp und klar entschieden wird. »

³⁸ A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...*: p. 10 et s., 45 et 47. M. SIBERT; *Etude...*: p. 132, « En 1890, éclatait une grève partielle des postiers anglais. La nuit même où se produisait le mouvement, le Postmaster general, Mr. Raikes, qu'on était allé réveiller, se rendit dans les salles de la poste et renvoya séance tenante 463 employés. » (D'après le *Temps*.)

³⁹ H. MÜLLER; *Staatsarbeiter...*: p. 27. HERRNRITT; *Grundlehren...*: p. 22.

un lien de subordination rigoureux ⁴⁰. Le principe hiérarchique qui doit prévaloir à l'institution administrative est exprimé en ces termes par l'article 25 LStF. :

« Le fonctionnaire est tenu d'exécuter consciencieusement et raisonnablement les ordres de service de ses supérieurs.

« Le supérieur est responsable des ordres qu'il donne. »

II. Article 25 al. 1. LStF.

1. Les ordres licites

Nul ne conteste qu'en principe les ordres licites doivent toujours être accomplis. Cependant, la loi n'exige pas du fonctionnaire une obéissance aveugle aux injonctions de ses supérieurs. « Le législateur ne veut pas d'une exécution à la lettre, d'une exécution machinale des ordres reçus. L'exécution consciencieuse qu'il réclame, la sauvegarde des intérêts de la Confédération dont il fait d'autre part un devoir au fonctionnaire, exigent que celui-ci agisse en tout raisonnablement et normalement ⁴¹. »

Dans les deux cas suivants, le fonctionnaire peut se dispenser d'exécuter les ordres licites qu'il reçoit. Si les circonstances dans lesquelles un ordre est imparti se modifient jusqu'au moment où il doit être exécuté, le subordonné est tenu de s'en écarter, à défaut de nouvelles instructions, dans la mesure où il doit admettre que son supérieur le lui prescrirait. A l'article 397, le Code des obligations règle semblablement les rapports du mandant et du mandataire. D'autre part, le fonctionnaire qui reçoit des ordres contradictoires de supérieurs compétents doit obéir aux injonctions du chef le plus élevé. Il lui est par conséquent défendu d'exécuter les autres commandements.

En revanche, le fonctionnaire n'a pas le droit de se prononcer sur l'opportunité des ordres licites qui lui sont imposés, car la notion d'opportunité est purement subjective ⁴².

2. Les ordres illicites

Un ordre est illicite dans quatre éventualités :

a) lorsqu'il émane d'une autorité incompétente ⁴³. Malgré ses fonctions de

⁴⁰ Message du 18 juillet 1924 : p. 100. M. HAURIOU; *Précis...* : p. 77.

⁴¹ Message : p. 100.

⁴² H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 111. H. MÜLLER; *Staatsarbeiter...* : p. 27. G. JÈZE; *Les principes...* : 3^e v., p. 78. Y. ODA; *Principes...* : p. 161.

⁴³ H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 111. J. NIEVERGELT; *Beamtenrecht des Kantons Zürich* : p. 51. T. ANTONIEVITCH; *La nature...* : p. 183. G. JÈZE; *Les principes...* : 3^e v.,

conseiller fédéral, le Chef du Département de justice et police n'a pas d'ordre à donner à un fonctionnaire des CFF.

- b) lorsqu'il est irrégulier en la forme ⁴⁴. Comme, en règle générale, les ordres de service ne doivent pas être impartis dans une forme déterminée, il est exceptionnel qu'un fonctionnaire reçoive un ordre formellement illégal.
- c) lorsque l'acte ordonné ne rentre pas dans les attributions du fonctionnaire auquel il s'adresse ⁴⁵. Le cercle des fonctions publiques étant extensible, cette hypothèse se réalise rarement. L'article 9 LStF. dispose en effet ce qui suit : « Lorsque le service ou l'emploi rationnel du personnel l'exige, le fonctionnaire... peut être chargé de travaux répondant à ses connaissances professionnelles ou à ses aptitudes, mais ne rentrant pas dans le cadre de son emploi régulier. »
- d) lorsque l'acte ordonné est illicite, peu importe qu'il soit condamné par les lois civiles ou pénales.

Peut-on inférer de l'obligation d'exécuter raisonnablement et consciencieusement les ordres de service, le devoir de ne pas obéir aux injonctions illégales ? On cherche vainement dans la loi une réponse expresse à cette question. Dans le Message à l'appui de la loi sur le statut des fonctionnaires, le Conseil fédéral observe à ce sujet un prudent laconisme ⁴⁶ : « Le législateur ne peut pas fixer d'une façon générale dans quelle mesure le subordonné a le droit et le devoir de vérifier les ordres qu'il reçoit. On réservera la réglementation de cette question aux ordonnances à prendre en la matière. » Les règlements de service étant muets à cet égard, nous en sommes réduits à scruter l'intention du législateur sous les termes généraux de l'article 25 LStF.

En accomplissant un ordre dont il doit connaître l'illicéité, le fonctionnaire commet un acte qui ne saurait être qualifié de consciencieux ni de raisonnable. Il en résulte que le fonctionnaire ne peut, sans violer l'article 25 al. 1. LStF., obtempérer aux ordres de service qu'en raison de ses connaissances présumées, il doit considérer comme illicites. Ceci ne signifie pas que les fonctionnaires soient tenus de refuser l'exécution de toutes les injonctions

p. 78. L. LYON-CAEN; *Etude...*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1911-1912 : p. 179. O. MAYER; *Deutsches...* : 2^e v., p. 185. HERRNITT; *Grundlehren...* : p. 177. Y. ODA; *Principes...* : p. 160.

⁴⁴ H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 112. J. NIEVERGELT; *Beamtenrecht...* : p. 51. T. ANTONIEVITCH; *La nature...* : p. 183. L. LYON-CAEN; *Etude...* : p. 179. HERRNITT; *Grundlehren...* : p. 177. Y. ODA; *Principes...* : p. 161.

⁴⁵ T. ANTONIEVITCH; *La nature...* : p. 183. J. NIEVERGELT; *Beamtenrecht...* : p. 51. O. MAYER; *Deutsches...* : 2^e v., p. 186. Y. ODA; *Principes...* : p. 160.

⁴⁶ p. 100.

illicites, car chacun d'eux n'est pas à même d'apprécier la légalité des ordres qui lui sont adressés. En obligeant le fonctionnaire à n'exécuter que les ordres valablement émis, le projet du Département des finances du 5 octobre 1923 lui conférerait un pouvoir d'appréciation trop étendu.

D'après la *communis opinio* ⁴⁷, le fonctionnaire est obligé de refuser l'exécution des ordres de service, toutes les fois qu'est réalisée l'une des trois premières conditions d'illicéité énumérées ci-dessus. Par contre, plusieurs auteurs ⁴⁸ contestent que le fonctionnaire doive toujours s'abstenir d'exécuter les ordres entachés d'illegalité matérielle, qui enjoignent, autrement dit, l'obligation d'accomplir un acte illicite. Kirchhofer ⁴⁹ déclare que les fonctionnaires n'ont pas le droit de contrôler, d'une manière générale, la légalité des ordres de service, mais qu'ils peuvent refuser d'accomplir un acte interdit, en particulier s'il est punissable. Nous n'apercevons pas pour quel motif le fonctionnaire pourrait examiner la légalité de certains seulement, et non point de tous les éléments de l'ordre de service. C'est méconnaître le sens du principe hiérarchique que d'obliger un fonctionnaire à exécuter un ordre qu'il doit considérer comme illicite. Le but de la hiérarchie administrative, avons-nous affirmé, est d'assurer la réalisation de la volonté des organes supérieurs de l'Etat. Le fonctionnaire qui obéit à un ordre illicite, c'est-à-dire contraire à cette volonté, la trahit au lieu de l'exécuter. Il ne s'y conforme vraiment qu'en refusant d'obtempérer à toutes les injonctions qui doivent lui paraître illégales.

On prétend parfois ⁵⁰ que les fonctionnaires ne peuvent se soustraire qu'à l'exécution des ordres dont l'illicéité est manifeste. Or, certains fonctionnaires sont incapables de se prononcer sur la légalité d'un ordre qui paraît à d'autres évidemment illicite. Comment l'autorité chargée de juger les infractions des fonctionnaires déterminera-t-elle si l'illégalité d'un ordre

⁴⁷ FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 258 et 259. H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 111. A. IMHOF; *Das öffentlichrechtliche...* : p. 330a. J. NIEVERGELT; *Beamtenrecht...* : p. 51 et 52. T. ANTONIEVITCH; *La nature...* : p. 183. H. KELSEN; *Allgemeine Staatslehre* : p. 295. Y. ODA; *Principes...* : p. 161.

⁴⁸ Selon l'avis de O. MAYER (*Deutsches...* : 2^e v., p. 184, 189 et 190), le fonctionnaire ne peut refuser d'exécuter l'acte illicite qui lui est ordonné, que s'il est préjudiciable à ses intérêts, contraire à la loi pénale ou à un ordre supérieur. FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 259. H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 111. J. NIEVERGELT; *Beamtenrecht...* : p. 51. T. ANTONIEVITCH; *La nature...* : p. 184. H. KELSEN; *Allgemeine...* : p. 295. HERRNITT; *Grundlehren...* : p. 178. Y. ODA; *Principes...* : p. 161.

⁴⁹ *Die Disziplinarrechtspflege...* : p. 40.

⁵⁰ H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 110, 112 et 113. J. NIEVERGELT; *Beamtenrecht...* : p. 52. H. MÜLLER; *Staatsarbeiter...* : p. 27. M. HAURIOU; *Précis...* : p. 745. G. JÈZE; *Les principes...* : 3^e v., p. 78 et 82. H. KELSEN; *Allgemeine...* : p. 295. O. MAYER; *Deutsches...* : 2^e v., p. 188, note 16.

peut être ou non révoquée en doute ⁵¹ ? Devra-t-elle se baser sur ses propres conceptions, celles de l'auteur de l'ordre ou du fonctionnaire auquel il s'adresse ? Le critère d'illicéité manifeste paraît peu précis. Mieux vaut dire que le fonctionnaire doit refuser l'exécution des ordres dont il doit admettre l'illégalité, en raison de ses connaissances supposées.

III. *Article 25 al. 2 LStF.*

Un ordre de service est imparti en exécution d'une disposition légale ou individuelle qui peut être, elle aussi, un ordre de service. Le fonctionnaire qui, en donnant un ordre, enfreint une disposition licite ou exécute une disposition dont l'illégalité doit lui être connue, engage sa responsabilité civile, pénale et disciplinaire. La responsabilité du supérieur n'exclut pas celle du subordonné qui viole le premier alinéa de l'article 25.

§ 3. *L'obligation de dignité*

I. *Article 24 al. 1. LStF.*

Cette disposition prévoit que « par son attitude en service et hors du service, le fonctionnaire doit se montrer digne de la considération et de la confiance que sa situation officielle exige ». Cette disposition est étudiée ici sous son aspect général, dans les effets qu'elle entraîne pour les fonctionnaires, en service ou hors de service. Il est question dans un paragraphe prochain (Titre I, Ch. 3, Sect. 2, § 3), des limites qu'elle impose à leurs droits politiques.

Il faut remarquer que l'un des termes « considération » et « confiance » est superflu, parce que la confiance suppose la considération et que celle-ci entraîne nécessairement celle-là.

La confiance exigée par la situation officielle du fonctionnaire est l'assurance qu'il s'acquittera régulièrement de ses obligations. Cette interprétation est conforme à l'avis du Conseil fédéral. « Il faut, dit-il, que le fonctionnaire donne l'impression qu'il est conscient de ses devoirs envers l'Etat » ⁵², c'est-à-dire qu'il est prêt à exécuter les obligations de sa fonction.

L'article 24 al. 1 laisse ouvertes deux questions qu'il est nécessaire d'élucider, pour déterminer sa portée réelle : à qui et dans quelle mesure le

⁵¹ O. MAYER; *Deutsches...* : 2^e v., p. 188, note 16.

⁵² Message du 18 juillet 1924 : p. 99.

fonctionnaire est-il tenu d'inspirer confiance ? Il paraît évident qu'en premier lieu, les fonctionnaires doivent mériter la confiance des personnes les plus intéressées au fonctionnement régulier des services publics. Or, ces personnes ce sont les gouvernants, c'est-à-dire, dans le cas particulier, le Conseil fédéral⁵³. C'est à ce dernier également qu'il appartient de fixer le degré de confiance qu'exige la situation officielle du fonctionnaire. Les conceptions du Conseil fédéral étant variables comme toute opinion humaine, il est impossible de définir, une fois pour toutes, les actes et spécialement les expressions d'opinion capables d'ébranler la confiance dont les fonctionnaires doivent être dignes.

Observons cependant qu'en règle générale, les fonctionnaires sont unis aux gouvernants par des liens de confiance plus étroits que les employés privés à leurs patrons. La raison en est claire. Tandis que l'employeur particulier peut requérir une aide extérieure, l'intervention de l'Etat, pour obliger ses employés à remplir leurs obligations ou à réparer le dommage résultant de l'inexécution de ces dernières, les gouvernants ne peuvent maintenir l'ordre juridique que par leurs propres moyens, dont les plus importants sont l'armée et les fonctionnaires⁵⁴. Si tous ceux-ci refusent d'accomplir leur fonction, le pouvoir même des gouvernants est gravement compromis. « La Confédération, en tant qu'employeur, observe le Message du 18 juillet 1924, ne peut pas tolérer que le fonctionnaire agisse en ennemi de l'Etat, soit en service, soit hors de service⁵⁵. »

La confiance des gouvernants en leurs propres fonctionnaires peut dépendre de la considération qu'éprouvent pour ces derniers leurs collègues ou le public. Sous tous les régimes, les institutions de l'Etat ne répondent à leur but que si tous leurs organes collaborent étroitement et jouissent de la considération générale. Le Conseil fédéral le reconnaît lui-même : « La bonne réputation de l'administration, la confiance dans la ponctualité de ses services dépendent pour une bonne part de la considération et de la confiance que ses fonctionnaires inspirent⁵⁶. » Le public doit avoir confiance non seulement dans les fonctionnaires avec lesquels il entre en contact immédiat, mais aussi dans les organes de toutes les branches de l'administration, dont il peut utiliser les services. L'exécution des obligations de l'aiguilleur ou du conducteur de train importe davantage aux voyageurs que l'accom-

⁵³ Cf. supra : p. 32.

⁵⁴ A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...* : p. 39.

⁵⁵ p. 99.

⁵⁶ Message du 18 juillet 1924 : p. 100.

plissement des devoirs du contrôleur ou du préposé à la délivrance des billets.

La manifestation de l'intention de faire grève et, *a fortiori*, l'incitation à la grève, interdite par l'article 23 al. 1. LStF., sont des violations caractérisées de l'article 24 al. 1. LStF. Les gouvernants doivent être sûrs de tous les fonctionnaires, quel que soit leur rang. Le maintien de l'ordre public peut dépendre aussi bien d'un commis postal ou d'un cheminot que d'un chef de service. Même exprimée par des agents subalternes, l'intention de faire grève risque de contaminer l'ensemble des fonctionnaires. La contagion de la grève est particulièrement dangereuse dans les administrations publiques, dont tous les organes sont soumis aux mêmes lois et liés par des intérêts solidaires.

Le fonctionnaire tenu d'exprimer une opinion ne saurait s'y refuser, en prétendant qu'un tel acte pourrait lui faire perdre la confiance exigée par sa situation officielle. L'article 24 LStF. est destiné à protéger les gouvernants contre les fonctionnaires et non pas inversement les fonctionnaires ou le public contre les gouvernants.

II. Article 24 al. 2. LStF.

Cet alinéa est rédigé en ces termes : « Le fonctionnaire a le devoir de se comporter avec tact et politesse envers ses supérieurs, ses collègues et ses subordonnés. Il a le même devoir dans ses rapports de service avec le public. »

Le tact et la politesse engendrent la considération, comme cette dernière fait naître la confiance. Pour mériter la considération et, partant, la confiance, les fonctionnaires doivent donc observer le tact et la politesse dans toutes leurs expressions d'opinion.

§ 4. L'activité étrangère au service

I. Généralités

L'article 21 al. 1. LStF. en vertu duquel le fonctionnaire « doit tout son travail à sa fonction » ne peut être interprété à la lettre, car il est désirable, dans l'intérêt même de l'administration, qu'après avoir rempli ses obligations de service, le fonctionnaire puisse se récréer en se livrant à d'autres occupations. Cette disposition signifie bien plutôt que le fonctionnaire doit se vouer exclusivement à ses obligations de service pendant le temps *seulement*, mais pendant *tout* le temps qu'il doit consacrer à sa fonction. Les autorités administratives peuvent donc interdire au fonctionnaire d'exercer en service toute activité étrangère à sa fonction.

En vertu de l'article 21 LStF., il peut être défendu à un garde-voie de composer des vers durant ses heures de travail, même si la création de ses poèmes n'empêche pas l'accomplissement de son devoir de surveillance.

II. *Affichage et dépôt de communications dans les locaux de service*

1. Ordonnance N° 88 de la Direction générale des postes, du 15 mai 1917

Voici, résumé, le contenu de cette ordonnance.

Certains bureaux de poste tolèrent l'affichage ou le dépôt de diverses convocations dans les locaux de service. Cette pratique a conduit à des abus en ce que des invitations à des assemblées politiques ont été affichées à l'insu des chefs de bureau. La Direction générale rappelle que le Département des postes a précédemment déclaré illicite toute propagande électorale, pendant les heures et dans les locaux de service. L'affichage, le dépôt ou la distribution de convocations, d'appels, etc., dans les locaux de l'administration des postes sont soumis à l'autorisation des chefs de bureau. Seules sont admises les publications exemptes de termes blessants, traitant de questions purement professionnelles et concernant des associations sans couleur politique.

La Direction générale des postes eut l'occasion de préciser ses instructions dans deux lettres qu'elle adressa à la Société suisse des fonctionnaires postaux⁵⁷. Elle y insiste sur la nécessité de fermer les bureaux de service à toute agitation politique, mais ne s'oppose pas au dépôt de journaux politiques dans les salles de lecture du personnel.

2. Communication générale de service N° 27, de la Direction générale des CFF., du 3 juin 1927

Cette communication, qui n'exige pas un commentaire particulier, dispose ce qui suit :

« 1° Le dépôt de journaux politiques et syndicaux, de périodiques et autres publications analogues est autorisé dans les salles de lecture mises à la disposition du personnel et les corps de garde (salles du personnel des services de surveillance de la voie, des gares, des trains, de la traction et des ateliers). Dans les mêmes locaux ainsi qu'à d'autres endroits appropriés pourront être également déposées ou affichées des communications concernant les associations du personnel du chemin de fer, à condition que ces

⁵⁷ Rapport d'activité du Comité de la Société suisse des fonctionnaires postaux pour l'année 1925 : p. 133 et 137.

communications ne portent pas atteinte aux intérêts de l'administration. Ce dépôt ou cet affichage se fait sans contrôle préalable. Les organes de surveillance désignent les endroits où les associations du personnel pourront afficher leurs communications ou placer les boîtes ou tableaux destinés à recevoir ces communications.

« 2° Il est, au contraire, interdit de déposer ou d'afficher dans les salles de lecture et les corps de garde, de même que dans les locaux de service ainsi qu'à tout autre endroit sur le domaine du chemin de fer toute proclamation ou communication de nature politique et religieuse, comme par exemple des convocations à des assemblées politiques, des appels électoraux, des manifestes, ceux en particulier qui lésent les intérêts des chemins de fer fédéraux ou sont de nature à froisser les sentiments du public voyageur et à créer des dissensions parmi le personnel. Les avis officiels des autorités et des entreprises de transport ne tombent pas sous le coup de cette interdiction. »

3. Légimité de l'ordonnance et de la communication précitées

Les autorités chargées de statuer sur les violations de cette ordonnance et de cette communication peuvent en examiner la légalité, puisque ni l'une ni l'autre ne rentrent dans les lois et les arrêtés généraux votés par l'Assemblée fédérale ou les ordonnances de nécessité du Conseil fédéral. Il est cependant hors de doute qu'elles n'excèdent pas les limites de l'article 21 LStF., tel que nous l'avons interprété.

III. *Propagande électorale*

Lors des élections au Conseil National, à la fin de l'automne 1899, des feuilles volantes recommandant certains candidats ont été distribuées à des fonctionnaires fédéraux, pendant les heures de bureau et dans les locaux de service, sur l'initiative du comité central de l'association des fonctionnaires et des employés fédéraux. Les chefs des départements intéressés ont informé leurs subordonnés qu'ils jugeaient inadmissible une propagande électorale de ce genre, tout en déclarant que personne ne songe à entraver d'aucune manière les fonctionnaires et les employés dans l'exercice de leurs droits politiques. Ils ont relevé cependant que, si l'association des fonctionnaires et des employés jugeait à propos de participer comme telle à une campagne électorale, elle devait agir, à l'instar des autres sociétés, en organisant des réunions politiques ou en expédiant ses appels au domicile des électeurs soit par la poste, soit par des porteurs spéciaux ⁵⁸.

Le 4 décembre 1929, la Direction générale des douanes a adressé à ses fonctionnaires et à ses employés une communication analogue dont l'acti-

⁵⁸ SALIS; *Le Droit fédéral suisse*: 1^{er} v., p. 744. FF. 1900, I, p. 499; II, p. 651.

tivité électorale de la société des fonctionnaires et des employés fédéraux fut également la cause ⁵⁹. Bien que trente ans séparent la seconde décision de la première, l'une et l'autre s'appuient sur des arguments presque littéralement identiques. « Il ne nous vient pas à l'idée, déclare en 1929 le Département des douanes, de prétendre gêner nos fonctionnaires et employés dans l'exercice de leurs droits politiques, et de vouloir les désintéresser des élections et votations, mais nous devons cependant informer le personnel relevant de notre administration que nous considérons comme illicites, quel que soit le parti qui doive en profiter, des démarches personnelles du genre de celles qui ont eu lieu pendant le service et dans nos bureaux. »

Comme les dispositions étudiées sous le chiffre II, ces deux décisions sont conformes à l'article 21 LStF.

§ 5. *La collaboration à la gestion des services publics*

Les droits d'un individu sont généralement fonction de ses devoirs. Il n'est donc pas déplacé dans un chapitre réservé aux obligations des fonctionnaires de traiter de leur droit de collaborer à la gestion des services publics. Là où il est reconnu, ce droit doit être exercé en dehors du temps que les fonctionnaires sont tenus de consacrer à leur fonction; néanmoins, la parenté des devoirs de service avec le pouvoir de collaboration en justifie l'étude dans le chapitre intitulé « Obligations de service ».

I. *En général*

Les premiers démocrates se bornaient à souhaiter que le droit de participer à l'œuvre législative fût attribué au plus grand nombre possible d'individus ⁶⁰. Leurs désirs sont de beaucoup dépassés par les revendications de certains démocrates modernes qui réclament la « démocratisation » de l'administration, en d'autres termes le droit pour tous les fonctionnaires de collaborer, hors de leur fonction proprement dite, à la gestion des services publics ⁶¹. Ce droit nous intéresse directement, puisqu'en l'exerçant, les fonctionnaires expriment des opinions. Il peut être conçu sous deux formes différentes : la liberté de discussion et le pouvoir de décision ⁶².

1. Conférer aux fonctionnaires la *liberté de discussion* ⁶³, c'est leur per-

⁵⁹ Décision de la Direction générale des douanes suisses, N° 163.

⁶⁰ H. Kelsen; *Vom Wesen und Wert der Demokratie*: p. 69.

⁶¹ Idem; op. cit.: p. 70. P. ANLIKER; *Die Personalausschüsse unter besonderer Berücksichtigung der eidgenössischen Verwaltung*: p. III.

⁶² P. ANLIKER; op. cit.: p. 2.

⁶³ Idem; op. cit.: p. 2.

mettre de s'exprimer au sein d'institutions *ad hoc* sur diverses questions relatives aux services publics. De nombreux gouvernements ⁶⁴ se sont rendu compte que, si les fonctionnaires avaient l'occasion de s'entretenir ouvertement avec leurs supérieurs, d'utiles réformes pourraient être opérées, des malentendus dissipés et des conflits évités. Aussi plusieurs législations créent-elles des commissions où les représentants du personnel peuvent faire connaître son avis sur la gestion de l'administration ⁶⁵.

2. *Le pouvoir de décision* ⁶⁶ signifie pour les fonctionnaires la faculté de participer à la direction des services publics. Ce droit est postulé par la doctrine syndicaliste qui peut se résumer dans la formule suivante : « L'usine aux ouvriers, l'administration aux fonctionnaires. » La réalisation de ce principe suppose la transformation de l'Etat en une fédération de services autonomes dirigés par leurs propres fonctionnaires ; dans une telle hypothèse, un conseil d'administration composé des délégués de chaque service remplacerait le gouvernement ⁶⁷.

Il ne nous appartient pas de nous prononcer pour ou contre la collaboration des fonctionnaires à la gestion des services publics. Qu'il nous suffise à ce propos d'émettre quelques considérations objectives, qui seules doivent trouver place dans notre étude.

La « démocratisation » radicale des services publics figure souvent au programme de groupements d'opposition qui ne souhaitent pas l'application des principes démocratiques ailleurs que dans l'administration. N'arrive-t-il pas aussi à certains partis de défendre la thèse syndicaliste tant qu'ils sont en minorité, et de la combattre dès qu'ils parviennent au pouvoir ⁶⁸ ?

Quelques publicistes, tels que Louis Rolland, considèrent que l'octroi d'un pouvoir de décision aux fonctionnaires écarterait les différends qui les séparent des gouvernants ⁶⁹. Il est évident que plus aucun conflit ne les diviserait le jour où les fonctionnaires obtiendraient le pouvoir des gouvernants et où, par conséquent, les deux parties actuellement en présence n'en formeront qu'une.

Les syndicalistes prétendent qu'en gérant les services publics, les gou-

⁶⁴ A la suite des expériences que certains employeurs privés ont tentées avec leur personnel.

⁶⁵ P. ANLIKER; op. cit.; passim.

⁶⁶ Idem; op. cit.; p. 2. L. ROLLAND; *L'Etat actuel de la question des groupements de fonctionnaires*, *Revue du droit public et de la science politique*: 1922, p. 272.

⁶⁷ G. CAHEN; *Les fonctionnaires*: p. 354 et s.

⁶⁸ H. Kelsen; *Vom Wesen...*: p. 70.

⁶⁹ L. ROLLAND; *Les deux grèves...*, *Revue du droit public et de la science politique*: 1909, p. 312 et s.

vernants sont nécessairement enclins à préférer leurs intérêts particuliers à l'intérêt général. On objecte à ce reproche que les fonctionnaires chargés de diriger l'administration auraient sans doute aussi de l'intérêt général la conception la plus favorable à leurs propres intérêts. « Comme la force serait au nombre, les fonctions publiques, actuellement exploitées par en haut, le seraient par en bas; on tomberait, dit M. Demartial, de Charybde en Scylla » ⁷⁰.

Il est incontesté que la « démocratisation » intégrale de l'administration est irréalisable. Le personnel n'aurait pas le temps de prendre part à toutes les décisions qu'exige le fonctionnement des services dont il serait le maître. La plupart des fonctionnaires sont incompétents pour résoudre les questions qui dépassent le cadre de leur fonction proprement dite. Il pourrait être enfin préjudiciable au gouvernement même des fonctionnaires que tous puissent pénétrer les secrets d'Etat. La gestion des services publics leur serait-elle confiée, que les fonctionnaires devraient déléguer la part la plus importante de leurs compétences à des représentants.

Kelsen observe que la légalité des actes administratifs, principe démocratique par excellence, est mieux assurée par une organisation autocratique de l'administration que par sa « démocratisation » ⁷¹. Cette remarque paraît exacte en tout cas dans les pays, comme la Suisse, où les fonctionnaires sont nommés, non par le peuple, mais par les organes supérieurs de l'administration ⁷². On peut admettre, théoriquement tout au moins, que le Conseil fédéral respecte la volonté populaire plus fidèlement que les organes inférieurs de l'administration, puisque les conseillers fédéraux sont élus et contrôlés par les mandataires directs du peuple et des cantons, tandis que les fonctionnaires sont les représentants de la nation, au troisième ou au quatrième degré seulement.

II. En droit fédéral suisse

Plusieurs dispositions légales reconnaissent aux fonctionnaires le droit de collaborer, en dehors de leur fonction, à la gestion des services publics.

⁷⁰ G. DEMARTIAL; *De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires*, *Revue du droit public et de la science politique*: 1907, p. 12 et s.

⁷¹ H. KELSEN; *Vom Wesen...*: p. 73.

⁷² Il paraît exclu, même dans un régime collectiviste, que tous les fonctionnaires soient nommés par le peuple. Les citoyens seraient en effet incapables de connaître tous les candidats et d'apprécier leurs capacités. Au surplus, l'instabilité des fonctions dont les titulaires sont désignés par le suffrage populaire nuirait au fonctionnement régulier et continu des services publics.

Les principales sont les articles 65 et 66 LStF., qui instituent une commission paritaire, et l'article 67 LStF., qui prévoit la possibilité de créer des commissions du personnel dans les administrations, les entreprises et les établissements de la Confédération ⁷³. Nous négligeons à dessein les commissions disciplinaires, qui ne s'occupent pas de la gestion proprement dite des services publics ⁷⁴.

La commission paritaire se compose d'un président, de vingt membres et de vingt suppléants. Le Conseil fédéral nomme le président, dix membres et dix suppléants; les autres membres et suppléants sont désignés par le personnel suivant le système proportionnel ⁷⁵.

Les membres et les suppléants des commissions du personnel sont tous élus par les fonctionnaires et les agents selon le même mode ⁷⁶.

Nous dépasserions les bornes normales de notre sujet en étudiant, dans leur détail, l'histoire, l'organisation et l'activité de ces commissions ⁷⁷. Deux

⁷³ Cf. Message du 18 juillet 1924 : p. 214 et 215. Les fonctionnaires peuvent collaborer à d'autres institutions administratives que la commission paritaire et les commissions du personnel. Le Conseil fédéral a fait entrer au Conseil d'administration des C. F. F. des membres du personnel ou des représentants des associations du personnel. A teneur de l'article 23 de la loi du 1^{er} février 1923 sur l'organisation de l'administration des C.F.F., le personnel a le droit d'être représenté dans les conseils d'arrondissement. En application de la loi du 6 mars 1920 sur la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport, le Conseil fédéral doit constituer une commission de quinze membres dans laquelle les administrations des entreprises soumises à la loi et leur personnel sont également représentés. L'article 6 de la loi du 30 septembre 1919 sur la caisse d'assurance pour les fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération statue que les assurés doivent être appelés à participer à l'administration de la caisse. Le personnel intervient en outre dans l'administration de la caisse des pensions et de secours et de la caisse-maladie pour le personnel des C.F.F.

⁷⁴ Aux termes de l'article 43 LJAD., les commissions disciplinaires se composent d'un président et de deux membres dont l'un est nommé par le personnel. Cf. ordonnance sur les commissions disciplinaires du 4 octobre 1930.

⁷⁵ LStF. : art. 68, al. 2, 3 et 4.

⁷⁶ LStF. : art. 67, al. 4.

⁷⁷ C. WARTMANN; *Das Dienstverhältnis des Bundesbeamten, in Fragen und Antworten dargestellt* : p. 230 et s. Projet du 22 mars 1926 de la Direction générale des C.F.F. sur les commissions du personnel. L'Union syndicale suisse : p. 413. H. ORT; *Théorie juridique...* : p. 137 et s. L'idée de créer des commissions du personnel fut émise au Conseil National par M. Sulzer-Ziegler qui déposa, le 22 mars 1905, la motion suivante : « Le Conseil fédéral est invité à présenter aux Chambres fédérales un rapport sur le point de savoir s'il n'y a pas lieu de constituer des comités dont les membres seraient choisis dans le personnel des divers dicastères de l'administration fédérale et des chemins de fer fédéraux et qui auraient pour tâche de soumettre aux autorités supérieures aussi bien les demandes et desiderata d'un caractère général concernant le service que les plaintes ou desiderata des divers employés. » Cette motion fut discutée et prise en considération les 21 et 22 juin 1906. Le Message du 18 juillet 1924 expose l'activité des commissions du personnel jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le statut (p. 207 et s.). Jalouses de leur influence, les organisations syndicales considérèrent d'abord avec défiance la création des commissions du personnel. Il n'entraîna cependant pas dans les vues du Conseil fédéral de substituer ces commissions

questions générales retiendront seules notre attention : la nature des droits conférés à leurs membres et le caractère des questions soumises à leur examen.

1. L'article 66 LStF. dispose que la commission paritaire « *donne son avis* » sur diverses questions qu'il énumère, à l'intention du Département des finances. L'arrêté du Conseil fédéral du 23 avril 1928 précise que « la commission paritaire est un *organe consultatif* du département des finances ». Aux termes de l'article 67 LStF., les commissions du personnel « *émettent leurs avis* à l'intention des organes dirigeants du service auquel elles se rattachent ». Cette disposition prévoit que leur activité est « *exclusivement de nature consultative* ».

S'ils ont la faculté d'exprimer des avis, les membres de ces commissions ne sauraient rendre de décisions obligatoires. Ils jouissent donc de la liberté de discussion, mais non point du droit de décision ⁷⁸.

L'intention du législateur, telle qu'elle ressort de la loi, est confirmée par le Message du 18 juillet 1924. « Il faut cependant, dit-il, que la loi établisse clairement que les commissions du personnel ne peuvent avoir qu'un rôle consultatif et qu'il ne peut pas être question de leur conférer le droit de prendre des décisions obligatoires pour les administrations. Tout système qui consacrerait une autre règle serait simplement incompatible avec les responsabilités des organes de l'administration ⁷⁹. » Il est vrai que, dans son mémoire du 23 mars 1926, l'Union fédérative avait revendiqué pour les fonctionnaires le droit de participer à la direction des services publics : « ... ce que veut l'immense majorité des salariés groupés par les associations du personnel, c'est une démocratisation complète du système de direction des entreprises fédérales. Or, une telle démocratisation ne peut s'obtenir qu'en accordant aux commissions du personnel ou à tel autre organe à créer, non pas le droit de préavis, *mais le droit de participation à la gestion avec force exécutive* » ⁸⁰. L'Union se rendait compte, toutefois, que son desideratum avait peu de chances d'être rapidement réalisé : « Nous savons, pour-suit-elle, que la situation politique de notre pays et les circonstances actuelles

aux associations existantes. Il s'est efforcé au contraire de « délimiter les sphères d'action qui seront avantagement réservées aux associations professionnelles et celles qui conviendront mieux à l'activité des commissions du personnel ». Cf. Message du 18 juillet 1924 : p. 216.

⁷⁸ L'attribution d'un pouvoir de décision aux fonctionnaires inférieurs entraînerait une augmentation de leur responsabilité et une diminution correspondante de la responsabilité des organes supérieurs. Cf. P. ANLIKER; *Die Personalaussschüsse...* : p. 112 et 113.

⁷⁹ Message du 18 juillet 1924 : p. 217.

⁸⁰ Eodem loco : p. 217.

ne nous permettent pas d'espérer une réforme aussi fondamentale pour le moment. Nous savons que la démocratisation du système de direction des entreprises fédérales doit marcher de pair avec la démocratisation de tout le système économique régissant les rapports entre les divers groupements et individus »⁸¹.

2. A teneur de l'article 66 al. 1 LStF., la commission paritaire peut être consultée :

« a) sur les projets des dispositions d'exécution édictées par le Conseil fédéral en application de la présente loi;

« b) sur les propositions tendant à modifier ou à compléter la présente loi, ou les dispositions d'exécution édictées par le Conseil fédéral;

« c) sur les questions de principe concernant le personnel et les salaires en général. »

En vertu de l'article 67 al. 3. LStF., les commissions du personnel émettent leurs avis :

« a) sur les suggestions et propositions ayant trait à la simplification et à l'amélioration du service;

« b) sur les suggestions se rapportant aux institutions pour le bien-être du personnel, à l'instruction et aux examens;

« c) sur les questions de portée générale intéressant le personnel du service auquel elles se rattachent. »

Il résulte des textes légaux que les questions étudiées par la commission paritaire et les commissions du personnel sont :

a) générales;

b) relatives aux rapports de service du personnel.

a. Ces commissions examinent des problèmes généraux en ce sens qu'elles ne s'occupent pas de la situation d'un fonctionnaire déterminé. Bien qu'elles ne puissent être saisies de réclamations personnelles, les commissions précitées ne s'intéressent pourtant pas exclusivement aux questions qui touchent l'ensemble des fonctionnaires et des agents. L'objet de leurs délibérations peut concerner aussi bien une fonction particulière que l'administration tout entière. Cependant, les discussions qui portent sur un emploi particulier ont trait à tous ses titulaires possibles et non seulement à celui qui l'exerce momentanément.

b. Toutes les questions soumises à l'examen de la commission paritaire

⁸¹ Eodem loco : p. 217 et 218.

et des commissions du personnel se réfèrent aux rapports de service des fonctionnaires et des agents, aux conditions de leur engagement, à leurs méthodes de travail, à leurs obligations en service ou hors de service, etc. Il va presque sans dire que ces commissions ne sont pas assimilables à des parlements que les autorités pourraient consulter sur tous les problèmes économiques et politiques, étrangers ou non au statut du personnel.

CHAPITRE III

LES OBLIGATIONS HORS DE SERVICE

Section première. Les principes

§ 1. *Fondement des obligations hors de service*

Généralités

Appelées aussi obligations spéciales, les obligations hors de service des fonctionnaires peuvent être désignées, dans leur ensemble, sous les termes généraux d'obligation de fidélité ¹.

Pour d'aucuns, le rapport de droit public qui unit les fonctionnaires à l'Etat est la source de leurs obligations hors de service. Certains font dépendre ces devoirs de la puissance disciplinaire que l'Etat exerce sur ses fonctionnaires. Une autre doctrine, enfin, considère l'obligation de fidélité comme la compensation des avantages particuliers que l'Etat leur accorde. Telles sont les opinions que nous combattons successivement.

I. « Le rapport de subordination de droit public domine toute la personnalité du fonctionnaire et lui impose des devoirs que le contrat de droit privé ignore », affirme le Conseil fédéral dans le Message du 18 juillet 1924 ². Quelques pages plus loin, il défend la même opinion : « ... le fonctionnaire n'est pas tenu seulement de remplir consciencieusement les devoirs de sa charge, mais ... ses rapports de service créent une situation de subordination dominant toute sa personne et lui imposant des devoirs qu'il n'aurait pas s'il vivait sous le régime du droit privé ³. »

¹ H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 113 et s.

² p. 99.

³ p. 99. Cf. W. FISCHLER; *Besonderes...* : p. 29, note 9. W. SCHLEWEIS; *Das Recht...* : p. 9.

Le Tribunal fédéral semble partir du même point de vue quand il déclare : « Ce qui, d'une façon générale, caractérise le fonctionnaire, ... c'est... le rapport de subordination qui existe entre lui et l'Etat, c'est le fait qu'il est au service de l'Etat. Ce rapport implique non seulement l'obligation de remplir consciencieusement certains devoirs particuliers, mais aussi une obligation générale de fidélité et d'obéissance envers l'Etat. De plus, ce rapport ne laisse pas d'influer sur la vie privée du fonctionnaire, il lui impose certaines restrictions (obligation de fixer son domicile dans une certaine localité, etc.) ⁴. »

Pour reconnaître l'erreur de cette manière de voir, constatons que les dispositions mêmes du Code des obligations limitent la liberté d'opinion des employés privés, hors de leur temps de service ⁵. L'article 352 autorise le renvoi d'un employé de magasin qui utiliserait ses moments de congé à déprécier les marchandises qu'il est chargé de vendre. De même, le secrétaire syndical qui combat, pendant ses heures de loisir, les revendications qu'il doit défendre dans l'exercice de sa profession, peut être congédié en vertu de cette disposition. Assurément, la loi ne saurait obliger l'employeur à garder à son service des employés qui lui causent un préjudice par leurs opinions.

Encore que la doctrine juridique les considérât jusqu'au dix-huitième siècle comme des employés privés, les serviteurs du Prince devaient observer l'obligation de fidélité avec autant de vigilance, sinon plus, que les fonctionnaires modernes ⁶.

II. Développant les idées de Fleiner ⁷, W. Fischler caractérise par la puissance disciplinaire que l'Etat exerce sur ses fonctionnaires, les relations qui l'unissent à ces derniers ⁸. C'est cette puissance, prétend-il, qui permet à l'Etat d'obtenir de ses employés l'observance de leurs obligations spéciales. Selon les conceptions de Fischler, puissance disciplinaire et devoirs spéciaux se conditionnent réciproquement ; à son avis, la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires suppose de telles obligations, quand bien même la loi ne les prévoit pas expressément.

Pour un double motif, cette opinion paraît critiquable : 1^o même s'il est soustrait à toute puissance disciplinaire, l'employé privé peut être tenu de remplir des obligations hors de service ; 2^o les membres d'une assemblée

⁴ TF. 47. II. p. 45 ; cf. aussi, 60. II. p. 115.

⁵ Th. KERN ; *Das Dienstrecht...* : p. 62.

⁶ H. SPIELMANN ; *Die Grundlagen...* : p. 21.

⁷ FLEINER ; *Schweizerisches...* : p. 242.

⁸ W. FISCHLER ; *Besonderes...* : p. 18 et 19.

législative soumis à une réglementation disciplinaire peuvent être libres de tout devoir, en dehors de leur fonction. Il est donc inexact de prétendre — ce qui résulte implicitement de l'argumentation de Fischler — que la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires soit le fondement de leurs obligations spéciales.

III. En vertu d'une opinion répandue chez les politiciens plutôt que chez les juristes, les obligations hors de service des fonctionnaires découleraient des avantages particuliers que l'Etat leur confère⁹. En raison du traitement relativement élevé et des conditions de travail modèles qu'il leur assure¹⁰, l'Etat pourrait exiger la fidélité de ses fonctionnaires, même en dehors de leur service.

Il est vrai qu'en fait, les avantages particuliers supposent généralement chez leurs bénéficiaires des obligations spéciales. L'Etat qui impose des devoirs exceptionnels à ses fonctionnaires est obligé, pour en assurer le recrutement, de leur accorder en contre-prestation des faveurs extraordinaires. Il n'apparaît cependant aucune relation nécessaire entre les obligations et les avantages spéciaux des fonctionnaires. A la réduction de leur traitement ou de leur rente, ne correspond pas automatiquement l'allègement de leurs obligations. Il est faux par conséquent de faire reposer le devoir de fidélité des fonctionnaires sur les avantages de leur condition.

* * *

Il paraît ainsi démontré que le fondement des obligations hors de service des fonctionnaires ne réside pas dans la nature du rapport qui les unit

⁹ H. SPIELMANN; *Die Grundlagen...*: p. 20. G. CAHEN; *Les fonctionnaires*: p. 370 et 371. R. BONNARD; *Note...*, *Revue du droit public et de la science politique*: 1932, p. 353, « En échange des avantages qui lui sont conférés, le fonctionnaire doit se considérer comme tenu, même en dehors de sa fonction, à une grande réserve, sinon à une adhésion complète, au moins à une véritable neutralité. » (Arrêt du Tribunal suprême de Monaco, du 13 avril 1931, affaire Chiabaut.) M. SIBERT; *Etude...*: p. 129, « ... la doctrine et les auteurs admettent, à l'instar d'un dogme, que les « public servants » se doivent tenir à l'écart des luttes politiques en échange de la permanence d'emploi admise en leur faveur. »

¹⁰ En raison aussi de la considération dont jouissent les titulaires des fonctions publiques. Cf. J. BENDA; *L'Esprit et l'Etat*, *La Nouvelle Revue française*: 1^{er} avril 1935, p. 641, « Combien d'universitaires auxquels on ne demanderait jamais une signature ou une conférence, n'était leur titre! Combien d'instituteurs ne doivent d'être écoutés au Café du Commerce qu'à leur investiture! Le fonctionnaire porte, en dehors de sa fonction, les avantages de sa fonction et sait fort bien en user. Il est juste qu'il en porte aussi les charges. » G. CAHEN; *Les fonctionnaires*: p. 239, « Un fonctionnaire n'a pas seulement l'autorité qu'il tient de son talent, de son ardeur pour la propagande; il a aussi, pour rendre son action plus efficace, l'autorité qui lui vient de sa fonction... » (Discours de M. Briand à la Chambre des Députés, du 29 juin 1910.)

à l'Etat, ni dans sa puissance disciplinaire, ni dans les avantages particuliers qu'il leur accorde. Aussi faut-il admettre que les fonctionnaires sont soumis à l'obligation de fidélité pour autant seulement que la prescrit une loi ou, à défaut de disposition légale, une coutume.

C'est en vertu d'une pratique consacrée par les décisions administratives et approuvée par la majorité des auteurs, qu'avant l'entrée en vigueur de la LStF., les fonctionnaires devaient obéir à des obligations hors de service que ne prévoyait aucune disposition légale.

Puisque le statut des fonctionnaires est actuellement réglementé par une loi, il convient de l'étudier pour tracer les limites imposées, hors de service, à leur liberté d'opinion.

§ 2. Article 22 LStF.

Il est de toute évidence que la première partie de l'article 22 LStF. s'applique exclusivement à l'activité officielle des fonctionnaires; on peut se demander en revanche si, dans sa seconde partie, cette disposition leur impose aussi des obligations hors de service ¹¹. ImHof ¹² le conteste en s'appuyant sur le texte allemand, dont la teneur est la suivante : « Der Beamte hat seine dienstlichen Obliegenheiten treu und gewissenhaft zu erfüllen und dabei alles zu tun, was die Interessen des Bundes fördert, und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt. »

L'auteur précité déduit du mot « dabei » que la portée de la seconde partie de l'article 22 est limitée au temps de service. La commission disciplinaire chargée de préavis sur le cas C. D., que nous examinerons ultérieurement, a exprimé la même opinion ¹³. Comme l'observe justement en l'espèce la Direction générale des CFF., cette interprétation contredit l'intention du Conseil fédéral, telle qu'elle se manifeste dans le Message du 18 juillet 1924 : « Si l'Etat veut remplir sa mission et jouir de l'autorité nécessaire, il faut que ses fonctionnaires lui soient fidèles *en service et hors de service* ¹⁴. »

Attendu que la rédaction de maintes dispositions de la LStF. manque

¹¹ Rappelons la version française de l'article 22 : « Le fonctionnaire est tenu de remplir fidèlement et consciencieusement ses obligations de service, de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et de s'abstenir de tout ce qui leur porte préjudice. »

¹² *Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis* : p. 293a, note 56.

¹³ Cf. infra : p. 104 et s.

¹⁴ p. 97.

d'exactitude, nous sommes tenté de considérer comme une superfétation le mot « dabei », que ne traduisent pas les textes français et italien ¹⁵. Voulût-on préciser sa signification qu'il faudrait l'entendre, à notre avis, dans le sens de « ausserdem », équivalent en français à « en outre ».

La seconde partie de l'article 22 prescrivant aux fonctionnaires des obligations de service et hors de service, l'interprétation que nous avons précédemment donnée de cette disposition ¹⁶ vaut pour leur vie privée aussi bien que pour leur activité officielle. Ce sont donc les conceptions de l'autorité administrative supérieure qui déterminent les intérêts de la Confédération, dont les fonctionnaires doivent être les serviteurs pendant et après leur service. Il en résulte que la conduite tout entière des fonctionnaires dépend du bon plaisir du Conseil fédéral ou de l'autorité à laquelle il délègue ses pouvoirs. En étudiant les dispositions particulières de la loi, nous observons qu'aucune exception ne tempère l'article 22 dont la sévérité draconienne annihile, théoriquement tout au moins, la liberté d'opinion des fonctionnaires. Si notre démocratie libérale était remplacée par un régime autoritaire, l'article 22 serait une des rares dispositions politiques capables de survivre aux institutions défuntes.

Nous ne reculons pas devant les conséquences de cette interprétation, qui nous paraît imposée par le texte légal et que nous illustrerons de quelques exemples.

Le Conseil fédéral peut non seulement interdire aux fonctionnaires toute expression d'opinion, mais encore les transformer en instruments de propagande. Il lui est notamment loisible de les obliger à défendre publiquement un projet de loi approuvé par les Chambres fédérales et soumis au vote du peuple. A diverses reprises, d'importants clients des chemins de fer fédéraux ont exprimé l'intention de renoncer à leurs services, si tel fonctionnaire dont l'action politique se faisait particulièrement militante n'était pas déplacé ni révoqué. Le Conseil fédéral ou l'autorité qui lui est subordonnée a le droit de s'incliner devant de semblables menaces, quand bien même l'activité hors de service du fonctionnaire incriminé ne peut influer sur l'exécution de ses obligations professionnelles.

¹⁵ Le texte italien est rédigé en ces termes : « Il funzionario deve disimpegnare fedelmente e coscienziosamente le incombenze della sua funzione facendo tutto quello che possa favorire gl'interessi della Confederazione ed evitando tutto ciò che possa pregiudicarli. »

¹⁶ Cf. supra : p. 30 et s.

Section II. Les dispositions particulières

§ 1. La liberté d'association en général

Les questions que soulève l'article 13 LStF., intitulé « le droit d'association », peuvent être groupées sous les quatre titres suivants : 1^o Les notions d'association et de liberté d'association au sens de l'article 13 LStF.; 2^o Les limitations de la liberté d'association par l'article 13 LStF.; 3^o Des rapports entre l'article 13 LStF. et les autres dispositions relatives aux obligations des fonctionnaires; 4^o L'application de l'article 13 LStF.

I. Les notions d'association et de liberté d'association au sens de l'article 13 LStF.

1. L'association

L'association visée à l'article 13 LStF. est l'association même de l'article 56 CF. ¹⁷ Au sens de ces dispositions, une association est un groupement d'individus unis par une organisation durable en vue d'un but commun ¹⁸.

Ainsi comprise, l'association se distingue de l'objet des articles 60 et s. CCS., qui concernent exclusivement les personnes morales sans but économique ¹⁹. C'est pour éviter toute confusion entre l'article 13 LStF. et le droit civil que les Chambres fédérales ont remplacé dans le texte allemand du projet de statut, le mot « Verein » par le terme plus étendu de « Vereinigung » ²⁰.

a. D'après notre définition, une association est un *groupement d'individus*. En sont membres effectifs, toutes les personnes qui jouissent des droits et remplissent les devoirs attachés à la qualité d'associé, même si elles ne l'ont pas expressément reçue ²¹.

¹⁷ Bull. stén. CE. 1925, p. 98, 241 et 242. Message du 18 juillet 1924 : p. 75.

¹⁸ S. BONHÔTE; *La liberté d'association...* : p. 112 et s., 126 et 127. H. PASQUAY; *Die Vereins- und Versammlungsfreiheit...* : p. 405.

¹⁹ A. HOFFMANN; *Gutachten...* : p. 6 et 7. En sens contraire, C. NAINÉ; *Etude...* : p. 36 et 37.

²⁰ Bull. stén. CE. 1925, p. 241 et 242; Bull. stén. CN. 1926, p. 260.

²¹ On distingue, d'après la nature de leurs membres, les associations qui groupent exclusivement des employés publics et les associations auxquelles sont affiliés des employés privés et publics.

Les associations du personnel fédéral se sont vigoureusement développées et sont fréquemment consultées par les autorités administratives. L'Union fédérative du person-

b. Telle que nous l'entendons, une association est un groupement *organisé*. L'attroupement fortuit, provoqué par un fait divers, ne rentre pas dans cette notion.

Si sommairement qu'elle soit organisée, une association suppose la formation d'un lien *durable* entre ses membres et se différencie de ce fait du groupement éphémère qu'est une réunion ²². Renonçant à les limiter précisément, Bonhôte ²³ confond l'association et la réunion; la difficulté ou même l'impossibilité de distinguer nettement deux notions n'en légitime pas, à notre avis, l'assimilation.

c. *La communauté du but* poursuivi par ses membres est enfin un caractère essentiel de l'association.

Par leurs buts comme par leurs moyens, les associations intéressent notre thèse : tandis que les unes ont pour fin l'exposé d'une idée, d'autres s'efforcent de convaincre; s'il en est qui cherchent à faire appliquer une théorie, certaines tendent à réaliser elles-mêmes une conception.

2. La liberté d'association

La liberté d'association comprend la liberté de s'associer et celle de ne pas s'associer ²⁴. Elle comporte la faculté non seulement d'adhérer à une

nel des administrations et des entreprises publiques groupe les principales associations d'employés publics. Ce sont les suivantes :

	Membres en 1935
1. La Fédération suisse des cheminots	35,729
2. » » du personnel des services publics	19,479
3. » » suisse des employés des postes, des télégraphes et des téléphones	8,596
4. » » des ouvriers sur métaux et horlogers (fabriques d'armes et de munitions)	400
5. Association suisse des fonctionnaires postaux	3,820
6. » » des fonctionnaires des télégraphes et des téléphones	1,991
7. » » des fonctionnaires aux douanes	785
8. Société suisse des buralistes postaux	2,819
9. Fédération des fonctionnaires de l'administration fédérale centrale	1,358
10. Fédération suisse des employés des douanes	2,225
Total des membres	77,202

Toutes ces associations, dont les six premières sont affiliées à l'Union syndicale suisse, comprennent uniquement des employés de la Confédération, à l'exception de la Fédération du personnel des services publics.

²² J. SCHOLLENBERGER; *Das Bundesstaatsrecht...* : p. 144 et s.

²³ *La liberté d'association...* : p. 112 et s., 121 et s., 125.

²⁴ TF. 40. I. p. 272.

association, mais d'user des droits et d'accomplir les devoirs de ses membres.

Une association ne peut exercer une activité réelle que si tous les associés ont la faculté de se réunir. Tout en reconnaissant avec Schollenberger ²⁵ qu'une réunion peut être plus dangereuse pour l'ordre public qu'une association, nous résolvons donc par l'affirmative la question discutée de savoir si la liberté d'association implique la liberté de réunion ²⁶. Le débat est d'ailleurs dépourvu d'intérêt, pour autant qu'il s'agit de l'article 13 LStF.; nous démontrerons en effet sous le chiffre III que la liberté d'association, apparemment protégée par cette disposition, est limitée dans la même mesure que les autres libertés individuelles, y compris la liberté de réunion.

II. *Les limitations de la liberté d'association par l'article 13 LStF.*

L'article 13 al. 1. LStF. dispose que « le droit d'association est garanti aux fonctionnaires dans les limites fixées par la Constitution fédérale ». Aux termes de l'article 56 CF., la liberté de former des associations est garantie en tant que leurs buts ou leurs moyens d'action ne sont pas illicites ni dangereux pour l'Etat. L'article 13 al. 2. LStF. respecte les limites de la disposition constitutionnelle puisqu'il « interdit au fonctionnaire de faire partie d'une association qui prévoit ou utilise la grève des fonctionnaires ou qui, autrement poursuit des buts ou emploie des moyens illicites ou dangereux pour l'Etat ».

Malgré le mot « toutefois » qui introduit l'article 13 al. 2., cette disposition est une conséquence du premier alinéa et non pas une dérogation au principe qu'il établit. Il serait donc logique de remplacer « toutefois » par « c'est pourquoi » ou une expression équivalente.

Précisons en passant que, pour « faire partie d'une association » au sens de l'article 13 al. 2, il est nécessaire d'en être un membre, non pas nominal, mais effectif.

Cette disposition interdit aux fonctionnaires ²⁷ d'appartenir à une asso-

²⁵ *Das Bundesstaatsrecht...* : p. 145.

²⁶ FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 367 et 368, spéc. note 1.

²⁷ Quant à la liberté d'association des soldats, cf. : E. WEHRLI; *Die Rechtliche Stellung...* : p. 74. W. BURCKHARDT; *Le droit fédéral suisse...* : 2^e v. p. 262 et 263, « A la suite d'une conférence des départements intéressés et de la direction de l'armée, il fut décidé, en février 1918, que les associations de gardes des forts ne poursuivant pas des buts antimilitaristes, il n'y avait pas lieu de prendre des mesures contre elles. Mais elles ne seraient pas non plus reconnues formellement. Toutes tentatives de ces associations visant à intervenir dans les rapports de service entre les gardes des forts et leurs supérieurs devraient être repoussées catégoriquement. » Le 4 mars 1919, le Conseil fédéral édicta, en vertu de ses

ciation dans les trois cas suivants : 1^o lorsqu'elle « prévoit ou utilise la grève des fonctionnaires » ; 2^o si elle « poursuit des buts ou emploie des moyens illicites » ; 3^o quand elle « poursuit des buts ou emploie des moyens dangereux pour l'Etat ». Il résulte du texte de l'article 13 al. 2 et en particulier du mot « autrement » que la grève des fonctionnaires est comprise dans les buts ou les moyens illicites et dangereux pour l'Etat. Par conséquent, nous déterminerons le sens des termes « illicite » et « dangereux pour l'Etat », avant de constater que la grève des fonctionnaires doit être considérée comme telle.

Selon von Tuhr ²⁸, un acte (but ou moyen) est *illicite* lorsqu'il transgresse une injonction du régime juridique. Est illicite la contravention aux prescriptions du droit civil, du droit pénal ou du droit administratif (notamment en matière de police), que ces règles soient contenues dans la législation fédérale ou cantonale. Une association qui a pour but la contrebande ou la fabrication de la fausse monnaie est évidemment illicite.

pleins pouvoirs, une « ordonnance sur la répression des menées contre l'ordre révolutionnaire » ; son article 1^{er} prohibait les associations et les organisations (conseils de soldats et créations analogues) dont le but ou l'activité tendaient à ruiner la discipline militaire. Cette ordonnance, abrogée le 31 mai 1923, se dirigeait en premier lieu contre les ligues de soldats qui s'étaient formées pendant la guerre et exerçaient une activité révolutionnaire. Idem ; op. cit. : 2^o v., p. 263 et 264.

²⁸ Partie générale du Code des obligations, 1^{re} éd. : p. 326.

En ce qui concerne la liberté d'association :

En droit fédéral suisse : W. BURCKHARDT ; *Kommentar...* : p. 524. FLEINER ; *Schweizerisches...* : p. 369 et 370. J. SCHOLLENBERGER ; *Das Bundesstaatsrecht...* : p. 146. U. LAMPERT ; *Das schweizerische...* : p. 59 et 60. A. PICOT ; *Avis de droit...* : p. 5. A. HOFFMANN ; *Gutachten...* : p. 4. S. BONHÔTE ; *La liberté d'association...* : p. 190 et s.

En droit français : La majorité des auteurs et la jurisprudence du Conseil d'Etat autorisent les fonctionnaires à former des associations, mais non point à se constituer en syndicats ; cependant, les gouvernements de gauche reconnaissent la légitimité, sinon la légalité, des syndicats de fonctionnaires. Cf. M. HAURIOU ; *Précis...* : p. 746 et s. Idem ; *Droit administratif* : p. 647 et s. L. DUGUIT ; *Traité...* : 3^o v., p. 235 et s. G. JÈZE ; *Les principes...* : 2^o v., p. 250 et s. H. BERTHÉLÉMY (*Traité...* : p. 61 et s.) ne développe pas sur ce point la distinction des fonctionnaires de gestion et d'autorité, puisqu'il refuse aux uns et aux autres le droit de se syndiquer. G. CAHEN ; *Les fonctionnaires* : p. 55 et s. A. LEFAS ; *L'Etat...* : p. 154. L. ROLLAND ; *L'Etat actuel...*, *Revue du droit public et de la science politique* : 1922, p. 270. M. CÉRÉSOLE ; *La question...* : p. 111.

En droit allemand : Au temps de la monarchie, il était interdit aux fonctionnaires d'appartenir au parti socialiste, de même qu'aux partis séparatistes polonais et danois. Après la guerre et avant l'avènement du régime hitlérien, la légalité des partis national-socialiste et communiste était discutée. Cf. W. FENGE ; *Die Stellung...* : p. 13 et s., 29 et s. W. SCHLEWEIS ; *Das Recht...* : p. 440. L. LYON-CAËN ; *Etude...*, *Bulletin de la Société de législation comparée* : 1911-1912, p. 169 et s.

Dans d'autres législations : M. SIBERT ; *Etude...*, *Bulletin de la Société de législation comparée* : 1911-1912, p. 130 (Angleterre). F. LE HÉNAFF ; *Etude...*, *Bulletin de la Société de législation comparée* : 1910-1911, p. 129 et s. (Italie). M. VAUTHIER ; *Précis...* : p. 46 (Belgique).

Sont *dangereuses pour l'Etat* ²⁹ dans leurs buts ou dans leurs moyens : a) les associations qui cherchent à porter atteinte illégalement à l'intégrité de l'Etat ou à ses institutions fondamentales; b) les associations qui se bornent à préconiser la réforme de l'Etat ou de ses institutions fondamentales, mais dont il est à craindre qu'elles ne passent aux actes en provoquant une action illégale.

Dans une autocratie, un parti républicain est nécessairement dangereux pour l'Etat puisqu'il ne peut atteindre son but, c'est-à-dire renverser le pouvoir, que par des moyens illégaux. Il est possible en revanche que, sous un régime démocratique, un mouvement monarchiste poursuive une action légale.

La grève des fonctionnaires, interdite par l'article 23 LStF., est par définition un but ou un moyen illicites. Elle est au surplus dangereuse pour l'Etat puisqu'elle vise à suspendre illégalement le fonctionnement de ses institutions. Une association « prévoit la grève », lorsque ses statuts ou ses membres la considèrent comme un moyen d'atteindre le but social. Est manifeste l'illicéité d'une association qui constitue un fonds, en vue de déclencher ou de soutenir une grève de fonctionnaires.

D'après une interprétation littérale des textes français et italien ³⁰ de l'article 13 al. 2, une association doit « poursuivre » un but ou « utiliser » des moyens, pour être illicite ou dangereuse pour l'Etat. Selon la version allemande ³¹ de cette disposition, il suffit, semble-t-il, que le but soit « proposé » et les moyens « prévus » pour que l'interdiction doive être prononcée. Sur ce point, nous préférons le texte allemand aux deux autres, car on ne peut raisonnablement exiger de l'Etat qu'il attende une perturbation grave de l'ordre public, pour se prémunir contre l'association qui l'a causée ³².

Il est interdit aux fonctionnaires d'appartenir aux associations dont les buts ou les moyens propres sont illicites ou dangereux pour l'Etat ³³. L'activité illégale d'un individu n'entraîne pas, *eo ipso*, l'illicéité de l'association dont il fait partie. Cette dernière ne tombe sous le coup de l'article 13 al. 2 que si son membre a agi illégalement en qualité d'associé.

²⁹ Cf. note précédente.

³⁰ Le texte italien a la teneur suivante : « È peraltro vietato al funzionario di far parte d'un 'associazione che preveda od usi lo sciopero dei funzionari o che altrimenti « persegua » scopi o « usi » mezzi illeciti o pericolosi per lo Stato... »

³¹ Elle est ainsi conçue : « Immerhin ist dem Beamten untersagt einer Vereinigung anzugehören, die den Streik von Beamten vorsieht oder anwendet oder die sonstwie in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich ist. »

³² Cf. S. BONHÔTE; *La liberté d'association...* : p. 195 et 196.

³³ Bull. stén. CN. 1926, p. 300.

III. *Des rapports entre l'article 13 LStF. et les autres dispositions relatives aux obligations des fonctionnaires*

1. Exposé du problème

Il résulte *a contrario* de l'article 13, interprété isolément, que les fonctionnaires ont le droit d'appartenir à toutes les associations dont les buts ou les moyens ne sont pas illicites ni dangereux pour l'Etat. Or, il se peut qu'en y adhérant, les fonctionnaires violent les devoirs que leur imposent d'autres articles du statut et notamment la disposition générale de l'article 22. Faut-il admettre que la liberté d'association est limitée exclusivement par l'article 13 ou qu'elle peut être encore restreinte par d'autres dispositions de la loi? Dans la première hypothèse, l'article 13 dérogerait aux autres dispositions du statut, dont il diminuerait notablement le champ d'application. Dans la seconde éventualité, il perdrait son caractère de disposition protectrice de la liberté d'association, qui serait aussi étroitement limitée que les autres libertés individuelles.

Mieux que ces explications abstraites, un exemple fera saisir l'antinomie qui apparaît entre l'article 13 LStF. et les autres dispositions relatives aux devoirs des fonctionnaires.

Supposons qu'un fonctionnaire supérieur du Département militaire fédéral, séduit par l'idéal du désarmement universel, s'affilie à une société qui vise à la réduction des crédits militaires ³⁴. Légale dans son but et dans ses moyens, cette société n'est pas considérée comme dangereuse pour l'Etat au sens de l'article 56 CF. Tout en continuant à exécuter fidèlement et consciencieusement ses obligations de service, le fonctionnaire remplit avec zèle ses devoirs d'associé.

Il est certain qu'il ne viole pas l'article 13 LStF. puisqu'il agit au service d'une association qui ne tombe pas sous le coup de cette disposition. Il est probable, en revanche, qu'il porte atteinte aux intérêts de la Confédération, tels que les conçoit le Conseil fédéral actuel, en d'autres termes qu'il enfreint l'article 22 LStF. ³⁵.

Si la liberté d'association des fonctionnaires est uniquement régie par

³⁴ Ce cas présente quelque similitude avec celui du lieutenant neuchâtelois G. H. Pointet, qui fut mis à disposition du Conseil fédéral pour avoir soutenu activement, lors d'une campagne électorale, un adversaire notoire de l'armée, le leader socialiste Paul Graber. Cf. les décisions du Département militaire fédéral du 2 février 1934 et du Conseil fédéral du 31 août 1934.

³⁵ Cf. *supra* : p. 32.

l'article 13 LStF., notre pacifiste ne peut être frappé d'une peine disciplinaire; il est au contraire passible de sanctions, si elle est limitée par d'autres dispositions de la loi.

2. Solution

Les arguments suivants nous inclinent à choisir cette dernière solution et à prétendre, par conséquent, que la liberté d'association des fonctionnaires est restreinte par toutes les dispositions légales relatives à leurs devoirs. En application de l'article 22 LStF., les fonctionnaires doivent donc s'abstenir d'adhérer aux associations qui nuisent aux intérêts de la Confédération, tels que le Conseil fédéral se les représente.

a. Il est permis de penser que, si les auteurs du projet de statut s'étaient rendu compte de la contradiction que nous nous efforçons de résoudre, ils se seraient prononcés dans le même sens que nous. Nous n'en voulons d'autre preuve que cette déclaration du Message ³⁶: « ... Il est évident dès lors que la garantie constitutionnelle du droit d'association ne peut pas s'étendre aux associations imposant aux fonctionnaires des obligations contraires à leurs devoirs légaux, les empêchant par exemple de remplir fidèlement et consciencieusement les devoirs de leur charge, ou de sauvegarder les intérêts de la Confédération. » Il résulte de ce passage que, dans l'intention du Conseil fédéral, les fonctionnaires ne peuvent appartenir aux associations qui les soumettent à des devoirs inconciliables avec une disposition quelconque du statut. Cependant, les auteurs du Message ne semblent pas avoir observé que de telles associations peuvent n'être pas illicites ni dangereuses pour l'Etat. Ils auraient sinon remplacé l'article 13 par une disposition analogue au texte suivant, qui nous paraît répondre exactement à la pensée des auteurs de la loi: « La liberté d'association est garantie aux fonctionnaires dans les limites fixées par la Constitution fédérale et le statut. »

b. Si important soit-il, le droit de s'associer ³⁷ n'est pas plus précieux pour les fonctionnaires ni moins dangereux pour l'ordre public que la liberté de conscience ou la liberté de la presse. Il serait donc incompréhensible que l'Etat octroie plus généreusement aux fonctionnaires la liberté d'association que les autres libertés individuelles.

³⁶ Message du 18 juillet 1924: p. 76.

³⁷ Sa valeur est cependant indéniable dans notre démocratie où les partis sont si puissants qu'un individu ne peut, hors de leurs cadres, jouer un rôle politique en vue. Cf. H. Kelsen; *Vom Wesen...*: p. 20.

c. L'article 56 CF. ne garantit le droit de s'associer que relativement à l'Etat et non pas à l'égard des individus ³⁸. Toutes les tentatives d'assurer légalement la liberté d'association des employés privés contre les atteintes de leurs employeurs ont jusqu'à présent échoué; il est donc possible que cette faculté soit supprimée par un contrat de travail civil ³⁹.

Si l'on interprétait l'article 13 comme une disposition exceptionnelle, les fonctionnaires pourraient jouir d'une liberté d'association plus étendue que les employés privés. Or, nous devons admettre, *in dubio*, que l'Etat, si exigeant par ailleurs à l'égard de ses fonctionnaires, n'a pas voulu les traiter, quant à leur liberté d'association, plus favorablement que les autres individus.

d. Le Tribunal fédéral a fait sienne notre opinion dans l'arrêt Rudolf Schmid, que nous citerons à plusieurs reprises ⁴⁰. Fonctionnaire des CFF. et membre d'une cellule du parti communiste, Schmid fut congédié par l'administration pour avoir distribué, pendant les heures et dans les locaux de service, un journal révolutionnaire qui se distinguait par la virulence de sa prose. Il recourut contre cette décision au Tribunal fédéral, qui s'estima incompétent pour appliquer l'article 13 LStF. La cour déclara néanmoins que l'activité exercée par Schmid comme membre du parti communiste justifiait sa révocation en vertu des articles 22 et 24 LStF. Elle admit donc que la liberté d'association des fonctionnaires est limitée non seulement par l'article 13, mais aussi par d'autres dispositions du statut.

e. Le fonctionnaire *coupable* d'avoir enfreint ses obligations est passible des peines disciplinaires prévues aux articles 30 et s. LStF. En principe, les décisions de révocation ou de mise au provisoire basées sur ces dispositions peuvent être portées, par voie de recours, devant la Chambre du contentieux des fonctionnaires du Tribunal fédéral ⁴¹.

Le fonctionnaire qui n'a pas violé par sa faute ses devoirs légaux échappe

³⁸ W. BURCKHARDT; *Kommentar...* : p. 522. J. SCHOLLENBERGER; *Das Bundesstaatsrecht...* : p. 145.

³⁹ W. BURCKHARDT; *Kommentar...* : p. 522, note 6. Par motion du 14 avril 1891, le conseiller national Vogelsanger postula la garantie de la liberté d'association des personnes économiquement dépendantes. Lors de la revision de la loi sur les fabriques, le Conseil fédéral proposa d'interdire la révocation d'un employé, en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel. Il retira toutefois sa proposition, qui n'était, dit Burckhardt, ni justifiée en principe ni pratiquement réalisable. La motion Vogelsanger fut reprise en 1930, sous la forme d'une interpellation mais sans plus de succès, par le conseiller national Paul Perrin. Cf. *Le Cheminot* du 26 décembre 1930.

⁴⁰ Cf. *infra* : p. 71, 72, 100 et s.

⁴¹ LJAD. : art. 34. A l'exception des décisions basées uniquement sur l'article 13 LStF., dont l'application ressortit exclusivement au Conseil fédéral. Cf. *infra* : p. 70 et s.

à toute sanction disciplinaire; toutefois, ses rapports de service peuvent être résiliés ou modifiés par l'autorité administrative, pour de justes motifs, en vertu de l'article 55 LStF. Inattaquables devant le Tribunal fédéral, les décisions rendues en application de cette disposition permettent seulement l'introduction d'une action en indemnité ⁴².

Les fonctionnaires ont donc intérêt à être frappés d'une décision disciplinaire, susceptible de recours au Tribunal fédéral, plutôt que d'une mesure définitive de l'administration, basée sur l'article 55.

Malgré l'indécision des auteurs du projet de statut ⁴³, le Tribunal fédéral ⁴⁴ a constamment jugé que, si les conditions d'application des articles 30 et s. sont réunies, l'autorité compétente doit prononcer une peine disciplinaire et renoncer aux mesures administratives prévues par l'article 55. Elle ne peut appliquer à son choix les articles 30 et s. ou l'article 55, la portée respective de ces dispositions étant nettement délimitée.

Si, comme nous l'admettons, la liberté d'association des fonctionnaires est restreinte par d'autres dispositions que l'article 13, l'activité illégale exercée par l'un d'eux comme membre d'une association licite, justifie l'application des articles 30 et s., en excluant les mesures administratives de l'article 55.

⁴² E. KIRCHHOFER; *Die Disziplinarrechtspflege...* : p. 22, note 50. TF. 1930. I. p. 489 et s.

⁴³ A propos de l'article 13 LStF., le Conseil fédéral déclare que « tout contrevenant à cette disposition est passible de sanctions disciplinaires », mais que « cette violation des devoirs de service peut enfin être considérée comme un juste motif, donnant le droit à l'employeur de modifier ou de résilier les rapports de service, conformément à l'article 55 du projet ». (Message du 18 juillet 1924 : p. 76.) A ne considérer que ce passage, il semble que le Conseil fédéral entend réserver à l'administration la possibilité d'appliquer à son gré l'article 31 ou l'article 55 LStF., en cas de transgression de l'article 13 LStF. Il affirme, en revanche, au sujet de l'article 31 LStF., qu'une sanction disciplinaire doit être prononcée, à l'exclusion d'une mesure administrative basée sur l'article 55 LStF., « quand la faute du fonctionnaire dépasse une certaine limite ». (Message du 18 juillet 1924 : p. 120.)

⁴⁴ TF. 1930. I. page 495, « Un fonctionnaire auquel ne sont reprochées que des fautes disciplinaires, soit des violations des devoirs de service, ne peut donc être licencié, tout au moins sans son consentement, en vertu de l'article 55 StF.; seules les peines disciplinaires énumérées à l'article 31 al. 1 StF., peines parmi lesquelles figure la révocation, lui sont applicables. Cette solution s'impose d'autant plus que si l'on reconnaissait à l'Administration le droit de résilier les rapports de service en vertu de l'article 55 StF., même lorsqu'il ne s'agit que de peines disciplinaires, on aboutirait à priver les fonctionnaires des garanties importantes de fond et de forme dont le législateur a entouré le recours disciplinaire (droit de demander la réintégration, de prendre connaissance des actes sur lesquels la mesure disciplinaire serait basée, de s'expliquer personnellement et avec l'assistance d'un conseil devant le Tribunal fédéral), à la différence de la résiliation des rapports de service pour justes motifs, laquelle ne leur confère que le droit de réclamer une indemnité devant le Tribunal fédéral jugeant en instance unique. » TF. 1933. I. p. 298. TF., arrêt non publié, J. Frieden, du 6 juin 1935. E. KIRCHHOFER; *Die Disziplinarrechtspflege...* : p. 21 et s. R. LETSCH; *Disziplinargewalt...* : p. 72 et 138. T. KERN; *Das Dienstrecht...* : p. 142.

Dans l'hypothèse contraire, que nous rejetons, une semblable activité ne pourrait entraîner l'infliction d'une peine disciplinaire, mais bien, conformément à l'article 55, la résiliation ou la modification des rapports de service de son auteur. Si paradoxale que cette conclusion puisse paraître, la solution que nous avons adoptée est la plus favorable aux fonctionnaires eux-mêmes.

3. Objections

On peut opposer à notre argumentation plusieurs objections qui, cependant, sont impuissantes à l'infirmer.

La première est tirée du principe *lex specialis derogat generali*. On ne manquera pas de prétendre que, pour avoir une raison d'être, l'article 13 doit être considéré comme une disposition exceptionnelle, en d'autres termes qu'il est vain d'avoir introduit dans le statut une disposition intitulée « le droit d'association », s'il est limité dans la même mesure que les autres libertés individuelles.

On s'accorde d'autre part à reconnaître que le juge ne peut refuser d'appliquer une disposition rédigée en termes clairs, même non conforme à l'intention du législateur. Or, dira-t-on, l'article 13 est assez précis pour ne pas souffrir deux interprétations; il résulte de cette disposition que le droit de s'associer peut être librement exercé dans les limites qu'elle détermine; il n'est donc pas permis d'admettre que cette faculté soit restreinte par d'autres dispositions que l'article 13.

On s'étonnera enfin que cet article ait soulevé aux Chambres fédérales de vifs et d'interminables débats, s'il était impropre, quel que fût son contenu, à garantir efficacement la liberté d'association ⁴⁵.

Ces objections ne seraient valables, à notre avis, que si le Conseil fédéral et les conseils législatifs avaient voulu résoudre la contradiction que nous avons signalée. Il ne semble pas même qu'ils l'aient aperçue si l'on en croit le Message du 18 juillet 1924 et le Bulletin sténographique des Chambres.

Au surplus, en introduisant l'article 13 dans le projet de statut, ses auteurs avaient pour but réel, non pas de protéger la liberté d'association, mais de formuler expressément l'illicéité des associations qui prévoient ou utilisent la grève des fonctionnaires. Les déclarations de M. le Conseiller fédéral Musy en font foi : « ... Mais la disposition intéressante, c'est précisément celle de l'alinéa 3 qu'on veut éliminer ⁴⁶. Nous voulons que le juge soit lié en

⁴⁵ Bull. stén. CN. 1926. p. 259 et s., 281 et s., 533 et s.; CE. 1925, p. 97 et s.

⁴⁶ Bull. stén. CE. 1925, p. 103. L'al. 3 dont il est ici question a été incorporé à l'al. 2 du texte définitif.

ce qui concerne l'interprétation de l'article 56 et que, lorsqu'il sera en présence d'une association d'employés dont les statuts prévoient la grève, il soit obligé d'agir conformément à cet article 13, 3^e alinéa, que nous vous demandons d'introduire dans la loi... Voilà pourquoi je ne peux accepter la suppression de ce 3^e alinéa; *c'est le seul intéressant des trois*; les deux autres ne sont qu'une répétition de ce qui est contenu dans l'article constitutionnel ⁴⁷. »

IV. Application de l'article 13 LSIF.

« L'application de cette disposition ressortit exclusivement au Conseil fédéral », prévoit la dernière phrase de l'article 13. Cette ultime disposition, qui ne figure pas dans le projet de statut, a été inspirée par le souci de limiter les compétences, d'une part, des autorités administratives inférieures au Conseil fédéral et, d'autre part, des cours judiciaires. Les citations suivantes prouvent cette double intention du législateur :

« On a fait ressortir, entre autres, que des organes de l'administration pourraient, sous le prétexte de voir s'il y avait lieu de faire application de l'article 13, faire des enquêtes, ou tout au moins s'informer pour savoir à quelle association le personnel appartient. Nous voulons tenir compte de ces observations, qui nous ont paru fondées. C'est pourquoi la Commission vous propose simplement d'ajouter que le Conseil fédéral seul est chargé de l'application de cette disposition, ce qui veut dire que le Conseil fédéral lui-même, et non pas tout autre service qui lui est subordonné, aura à décider, dans chaque cas particulier, de l'application de l'article 13 ⁴⁸. »

« L'honorable M. Huber désire que l'application de l'article 13 ressortisse au Tribunal fédéral. Tant qu'il s'agit de questions d'ordre pécuniaire, le Tribunal fédéral pourra être appelé à en connaître, c'est entendu. Mais ici, il ne s'agit plus d'une question de cette nature, mais bien d'une question d'ordre, de discipline. Celui qui est le mieux placé pour en juger, c'est le gouvernement. La Constitution elle-même charge le Conseil fédéral de veiller au maintien de la tranquillité et de l'ordre. L'application de l'article 13 rentre donc naturellement dans le cercle de ses attributions. Au point de vue pratique aussi, le Conseil fédéral est mieux placé que le Tribunal fédéral. L'attitude du Conseil fédéral dans des occasions qui ne sont pas très éloignées de nous démontre qu'il ne cherche pas la petite chicane. Vous avez au surplus, dans le contrôle parlementaire, le moyen d'indiquer au Conseil fédéral qu'il agit contrairement à la pensée des Chambres ⁴⁹. »

En dérogation à la règle générale, un recours ne peut être adressé au Tribunal fédéral contre les décisions disciplinaires basées sur l'article 13

⁴⁷ Eodem loco.

⁴⁸ Bull. stén. CN. 1926, p. 534. (Déclarations de M. Evéquoz.)

⁴⁹ Déclarations de M. le Conseiller fédéral Musy lors des délibérations de la Commission du Conseil national (5^e séance, au Rathaus, à Thoune).

LStF. Il est possible, en revanche, que de telles mesures donnent lieu à une action en indemnité devant la même autorité, qui ne pourra revoir l'application de la disposition précitée par le Conseil fédéral.

C'est donc à bon droit que, dans le cas Schmid ⁵⁰, le Tribunal fédéral a refusé d'examiner, pour cause d'incompétence, si l'appartenance d'un fonctionnaire au parti communiste était compatible avec l'article 13 LStF. Cette jurisprudence a engendré une conséquence remarquable puisqu'elle a obligé le Conseil fédéral à interdire expressément aux fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération de s'affilier au parti communiste ou de participer à une organisation communiste ⁵¹.

S'il peut défendre aux fonctionnaires d'appartenir aux associations illicites, le Conseil fédéral n'a pas la compétence de les dissoudre ⁵². Pour autant qu'il s'agit d'associations sans but économique ⁵³ ou de sociétés anonymes ⁵⁴, la demande de dissolution doit être adressée au juge, qui examine librement la question d'illicéité ⁵⁵. En fait, le Conseil fédéral a le pouvoir de dissoudre une association formée exclusivement de fonctionnaires, puisque l'interdiction de l'article 13 s'adresse à tous ses membres.

§ 2. *Les fonctionnaires communistes*

I. *Occasio legis*

L'arrêté prohibant l'appartenance des fonctionnaires au parti et aux organisations communistes est postérieur de cinq ans à la loi sur le statut, puisqu'il n'a été pris que le 2 décembre 1932. Néanmoins, une douzaine d'années auparavant, la compatibilité de la charge de fonctionnaire fédéral avec la qualité de membre du parti communiste retenait déjà l'attention du Conseil fédéral.

Par un arrêté du 23 juin 1919 ⁵⁶, le Département fédéral de justice et

⁵⁰ Cf. supra, p. 67 et infra, p. 72, 100 et s.

⁵¹ Cette défense, formulée par un arrêté du 2 décembre 1932, est étudiée sous le paragraphe subséquent.

⁵² Tout au moins lorsqu'elles sont considérées comme des organismes jouissant des droits civils. FF. 1936, v. 3, p. 407.

⁵³ CCS. art. 78.

⁵⁴ CO. art. 736 ch. 4.

⁵⁵ Dans la règle, la dissolution opère *ex nunc* en ce qui concerne les rapports externes de l'association, c'est-à-dire ses relations avec les tiers, et *ex tunc* en ce qui concerne ses rapports internes, c'est-à-dire les relations des associés entre eux. L'équité ne permet pas de déclarer nuls les engagements assumés à l'égard de tiers par une association illicite, avant qu'elle ait été dissoute par le juge.

⁵⁶ W. BURCKHARDT; *Le droit fédéral suisse...* : 2^e v., p. 637 et s.

police fut en effet chargé d'examiner s'il n'y avait pas lieu d'éliminer en principe de l'administration les fonctionnaires et les agents qui se livrent à une propagande communiste. L'autorité consultée déclara sans ambiguïté que « l'Etat ne peut pas tolérer dans son propre organisme des éléments qui travaillent à sa destruction ». Malgré la clarté de cette affirmation, le Conseil fédéral ne put alors se résoudre à congédier tous les employés communistes. Il est présumable que seules des considérations politiques, à l'exclusion de tout motif juridique, inspirèrent cette attitude négative.

Pour autant, le Conseil fédéral ne renonçait pas à sévir contre les fonctionnaires qui violaient les devoirs de leur charge par leur activité de membre du parti communiste. En 1919, un fonctionnaire postal communiste, Emile Küng, fut révoqué pour avoir joué, lors d'une émeute, un rôle en vue ⁵⁷. Convaincu d'avoir incité des soldats à la révolte, un autre communiste notoire, employé postal à Leysin, fut également congédié en 1923 ⁵⁸. Dans la décision qu'il rendit contre lui, le Département des postes refusa de se prononcer sur la compatibilité d'une fonction publique avec l'affiliation au parti communiste, parce que l'employé en cause avait commis des actes assez graves pour justifier son exclusion de l'administration. L'autorité licencia de même un conducteur de train, G. Peyer, qui avait assisté à une manifestation illégale, au cours de la journée rouge du 1^{er} août 1929 ⁵⁹. A la révocation de R. Schmid, dont il fut précédemment question ⁶⁰, s'ajouta en 1931 celle de J. Fausch ⁶¹, coupable d'avoir pris part à deux rencontres rouges illicites. Il était assurément contradictoire d'admettre l'affiliation des fonctionnaires au parti communiste, tout en leur interdisant l'exercice des devoirs qu'implique la qualité de membre de ce parti.

Le 16 février 1931, le Conseil fédéral défendit aux employés de la Confédération de faire partie du « Syndicat du personnel fédéral de Bâle et des environs », qui visait des buts et prévoyait des moyens d'action identiques à ceux du parti communiste ⁶². L'association fut remplacée par une société dont les statuts étaient conformes aux exigences légales. A cette époque déjà, en proposant au Conseil fédéral la dissolution de ce syndicat, le Département des finances et des douanes avait posé, sans la résoudre, la question des rapports du personnel fédéral et des organisations communistes. Il pou-

⁵⁷ Cf. infra : p. 106.

⁵⁸ Cf. infra : p. 107.

⁵⁹ Cf. infra : p. 109.

⁶⁰ Cf. supra : p. 67, 71 et infra : p. 100 et s.

⁶¹ Cf. infra : p. 110.

⁶² Cf. infra : p. 110.

vait paraître également illogique de tolérer l'adhésion des employés publics au parti communiste et de leur interdire en même temps l'appartenance à une association dont le but et l'activité s'inspiraient des idées communistes.

A la suite de diverses circonstances, le Conseil fédéral dut reconnaître que des mesures individuelles étaient impuissantes à écarter le péril communiste de l'administration. Il était à craindre, en particulier, que la persistance de la crise économique ne favorisât la propagation des théories subversives non seulement dans les rangs des chômeurs, mais aussi dans la classe relativement privilégiée des fonctionnaires fédéraux. D'autre part, la réduction des traitements du personnel de la Confédération, proposée par le Conseil fédéral, était de nature à créer chez les employés subalternes, dans les villes surtout, une ambiance propice au développement des conceptions révolutionnaires ⁶³.

Un incident décida le Conseil fédéral à mettre sans retard un frein au progrès du communisme. Au cours de la session du mois de septembre 1932, un conseiller national communiste, M. Arnold, avait déclaré que la grève des fonctionnaires était le seul moyen de lutter efficacement contre la baisse des salaires. S'adressant au personnel fédéral de la tribune parlementaire, il s'était écrié ⁶⁴ : « Tu dois te libérer du poison que t'inoculent jour après jour les chefs réformistes. Tous ceux qui sont dans les organisations réformistes verront que seuls les communistes passeront à l'action jusqu'à la grève. Et cette grève ne doit pas être uniquement une grève économique, mais une grève politique. » La réponse ne se fit pas attendre. Le lendemain, M. le Conseiller fédéral Musy ripostait en ces termes ⁶⁵ : « Le Conseiller national Arnold a proclamé hier soir qu'il ne cesserait de préparer la grève de tous les fonctionnaires qui font partie des organisations communistes. Je lui épargnerai cette peine. Je proposerai au Conseil fédéral, à l'occasion de la réélection générale qui doit intervenir en décembre prochain, d'exclure des services fédéraux tous les fonctionnaires qui font partie des organisations communistes. L'appartenance à une organisation qui prévoit la grève comme moyen d'action est incompatible avec les dispositions impératives de la loi sur le statut du personnel. » Quelques semaines après, le 2 décembre 1932, le Conseil fédéral rendait un arrêté interdisant aux fonctionnaires, employés

⁶³ Extraits du procès-verbal de la séance du Conseil fédéral du 2 décembre 1932.

⁶⁴ Cf. dans *Le Cheminot* du 9 décembre 1932 l'article intitulé : « Les communistes exclus de l'Administration fédérale. C'est la conséquence des provocations du communiste Arnold. »

⁶⁵ Eodem loco. Cf. Interpellation Huber du 29 septembre 1932.

et ouvriers de la Confédération d'appartenir au parti ou de participer à une organisation communistes.

II. *Le parti et les organisations communistes*

1. Le parti communiste

Pour exposer le but et l'organisation du parti communiste suisse, nous ne pouvons mieux faire que de reproduire les dispositions essentielles des statuts de l'Internationale communiste (III^e Internationale), à laquelle il se rattache ⁶⁶.

« § 1. L'internationale communiste, association internationale des travailleurs, est l'organisation des partis communistes des différents pays en un parti communiste unique mondial. Guide et organisateur du mouvement révolutionnaire mondial du prolétariat, champion des principes et des buts du communisme, l'Internationale communiste lutte pour la conquête de la majorité de la classe ouvrière et des grandes couches de paysans pauvres, pour les principes et les buts du communisme, pour l'instauration de la dictature mondiale du prolétariat, pour la création d'une Fédération mondiale des Républiques socialistes soviétiques, pour l'abolition complète des classes et la réalisation du socialisme, première étape de la société communiste. »

« § 2. Les partis adhérant à l'Internationale communiste portent le nom de « Parti communiste de... (Section de l'Internationale communiste) ». Dans chaque pays, il ne peut exister qu'un seul parti adhérant comme section à l'Internationale communiste. »

« § 5. L'Internationale communiste et ses sections sont fondées sur les principes du centralisme démocratique, dont voici les plus essentiels :

...
c. Obligation pour tous les organismes subalternes d'appliquer les décisions des organismes supérieurs du parti, stricte discipline dans le parti, exécution exacte et sans délai des décisions de l'Internationale communiste, de ses organismes et des centres dirigeants du parti.

Les questions ne sont discutées par les membres du parti et les organisations que jusqu'à ce qu'une décision soit prise par les organismes compétents du parti. Une fois qu'une décision a été prise par les Congrès de l'I. C., les congrès de ses sections ou par leurs organes dirigeants respectifs, cette décision doit être obligatoirement appliquée, même si une partie des membres du parti ou des organisations locales ne sont pas d'accord avec elle... »

« § 8. L'organisme suprême de l'Internationale communiste est le Congrès mondial des représentants de tous les partis (sections) et organisations affiliées à l'Internationale communiste... »

« § 12. Le Comité exécutif est l'organisme dirigeant de l'Internationale

⁶⁶ Ces citations sont empruntées aux documents publiés par l'Entente internationale contre la III^e Internationale (août-septembre 1936) : « Extraits des statuts de l'Internationale communiste », nouvelle édition revue et corrigée, 1935, Bureau d'éditions, Paris.

communiste dans l'intervalle des congrès. C'est cet organisme qui donne les directives à toutes les sections de l'Internationale communiste et qui contrôle leur activité.»

« § 13. Les décisions du Comité exécutif sont obligatoires pour toutes les sections et doivent être immédiatement appliquées par celles-ci. Les sections peuvent faire appel des décisions du Comité exécutif devant le Congrès mondial, mais jusqu'à ce que ces décisions soient annulées par le Congrès, leur application est obligatoire pour les sections. »

2. Les organisations communistes

En introduisant dans l'arrêté du 2 décembre 1932 la notion d'« organisation » communiste, le Conseil fédéral avait manifestement en vue les sociétés semblables au « Syndicat du personnel fédéral de Bâle et des environs », qu'il avait déclaré illicite en 1931. Dans son esprit, il s'agissait par conséquent d'interdire la participation des fonctionnaires à toute « association » et non pas à toute « manifestation » communiste.

Cette intention est confirmée par l'arrêté du 16 février 1937, qui complète celui du 2 décembre 1932 et mentionne quelques « associations » à titre d'organisations communistes.

Nous sommes donc fondés à prétendre qu'au sens des arrêtés précités, une « organisation » est une « association », à l'exclusion des « manifestations », telles qu'un cortège ou une réunion.

Par « organisation communiste », il faut entendre une association qui vise l'instauration des soviets par des méthodes propres au parti communiste. Une organisation communiste peut tendre vers d'autres buts encore, mais elle poursuit nécessairement celui-là; elle peut utiliser momentanément d'autres moyens d'action, mais elle est toujours prête à employer ceux-là.

Une société qui travaille à l'avènement du régime collectiviste par des voies légales, en réprouvant l'activité révolutionnaire du parti communiste, n'est pas une organisation communiste aux termes de la loi. On peut en dire autant d'une association qui se sert des moyens d'action du parti communiste, mais à des fins différentes. Si soigneusement dissimulés que soient ses buts et ses méthodes, une organisation doit être présumée communiste lorsque la plupart de ses membres ou ses organes directeurs appartiennent au parti ou à une autre association communistes.

Par l'arrêté précité du 16 février 1937, le Conseil fédéral précise quelles sont les associations actuellement considérées comme des organisations communistes. Ce sont les suivantes ⁶⁷ :

⁶⁷ Art. 1, al. 1.

1. Amis de l'Union soviétique (Association des amis de l'U. R. S. S.).
2. Secours ouvrier international.
3. Secours rouge international.
4. Libres penseurs prolétariens.
5. Espérantistes prolétariens.
6. Sections du syndicat rouge international.
7. Sections du sport rouge international.

Cachant leur caractère réel sous une dénomination qui indique soit un but intellectuel (Amis de l'Union soviétique, Libres penseurs prolétariens, Espérantistes prolétariens), soit un but de prévoyance sociale (Secours ouvrier international, Secours rouge international), soit enfin un but sportif ou syndical (Sections du sport rouge international, Sections du syndicat rouge international), toutes ces associations n'en sont pas moins des organisations militantes du communisme.

L'arrêté du 16 février 1937 prévoit que l'interdiction d'appartenir aux organisations communistes s'étend aux associations qui pourraient leur être substituées ⁶⁸; la liste qu'il contient n'est donc point limitative.

III. *Le parti et les organisations communistes sont dangereux pour l'Etat*

Il résulte des citations précédentes que, si l'Internationale communiste est dangereuse pour l'Etat au sens de l'article 13 al. 2 LStF., il doit en être de même du parti et des organisations communistes de notre pays. Or, il est incontesté par les communistes sincères que la III^e Internationale vise l'abolition de l'ordre actuel par la violence, c'est-à-dire qu'elle met l'Etat en péril ⁶⁹. Cette intention s'exprime avec une particulière clarté dans ses statuts, dans son programme et dans les résolutions adoptées lors de son VII^e Congrès; nous en reproduisons ci-dessous les extraits les plus suggestifs.

1. Statuts de l'Internationale communiste ⁷⁰

« § 36. Les partis communistes doivent être prêts à passer dans l'*illégalité*; le Comité exécutif de l'Internationale communiste doit les aider à s'y préparer. »

⁶⁸ Art. 1, al. 3.

⁶⁹ Cf. supra : p. 64. Le Tribunal fédéral (61, I, p. 267) reconnaît qu'un des principes essentiels du communisme, c'est le gouvernement par la terreur, à savoir par une minorité armée. Or, la réalisation de ce principe nécessite le recours à la force.

⁷⁰ Documents de l'Entente internationale contre la III^e Internationale (août-septembre 1936) : « Extraits des statuts de l'Internationale communiste. »

2. Programme de l'Internationale communiste ⁷¹

« La révolution prolétarienne signifie... l'intervention *violente* du prolétariat dans le régime de propriété de la société bourgeoise... »

« La conquête du pouvoir par le prolétariat, c'est l'abolition *violente* du pouvoir de la bourgeoisie... »

« ... la *révolution* est donc nécessaire, non seulement parce que la classe dominante ne peut être renversée par aucun autre moyen, mais encore parce que la classe qui la renverse ne peut sortir des ornières boueuses de la vieille société et devenir capable de créer la société nouvelle que par la *révolution*... »

« ... lorsque les masses sont prêtes au combat et aux sacrifices, le parti du prolétariat a pour but de les mener directement à l'assaut de l'Etat bourgeois. Il le fait... par l'organisation d'actions de masse, auxquelles doivent être subordonnées toutes les formes de l'agitation et de la propagande du parti, y compris l'agitation parlementaire. A ces actions de masse se rapportent : *les grèves et les manifestations combinées, les grèves combinées avec les manifestations armées, enfin la grève générale liée à l'insurrection armée contre le pouvoir d'Etat de la bourgeoisie.* »

« Les communistes ne s'abaissent pas à dissimuler leurs opinions et leurs projets. Ils proclament ouvertement que leurs buts ne peuvent être atteints que par le *renversement violent* de tout l'ordre social traditionnel. »

« Que les classes dirigeantes tremblent à l'idée d'une *révolution* communiste ! Les prolétaires n'ont rien à y perdre que leurs chaînes. Ils ont un monde à y gagner. »

3. Résolutions du VII^e Congrès de l'Internationale communiste ⁷²

« L'établissement du front unique de la classe ouvrière est le chaînon décisif de la préparation des travailleurs aux *grands combats imminents* du deuxième cycle de *révolutions prolétariennes*. Seul le rassemblement du prolétariat en une armée politique unique de masse assurera sa victoire dans la lutte contre le fascisme et le pouvoir du capital, pour la dictature du prolétariat et le pouvoir des Soviets. « La victoire de la révolution ne vient jamais « d'elle-même. Il faut la préparer et la conquérir. Or, la préparer et la conquérir, seul un parti prolétarien *révolutionnaire* fort peut le faire. » (Staline). »

IV. *L'interdiction d'appartenir au parti communiste et de participer aux organisations communistes*

Après avoir interdit, au second alinéa de son article premier, « à tous les fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération d'appartenir au parti communiste ou de participer à une organisation communiste », l'arrêté du 2 décembre 1932 dispose, en son article 2, que « quiconque appartient au parti communiste ou participe à une organisation communiste ne peut

⁷¹ Eodem loco : « Extraits du programme de l'Internationale communiste », nouvelle édition revue et corrigée, 1935, Bureau d'éditions, Paris.

⁷² Eodem loco : « Extraits des résolutions du VII^e Congrès de l'Internationale communiste. »

entrer ni rester au service de la Confédération ». Aux termes de l'arrêté du 16 février 1937, toute participation aux organisations qu'il énumère ou aux associations qui leur seraient substituées est incompatible avec l'exercice d'une fonction fédérale. Lors de l'entrée en vigueur de ces arrêtés, les employés de la Confédération qui appartiennent à une association communiste ont été appelés à choisir entre elle et leur charge officielle ⁷³.

Rappelons que les organisations communistes, telles que nous les avons définies, sont des associations ⁷⁴. Par conséquent, le fonctionnaire qui, *en marge de toute association*, organise une manifestation communiste (cortège, réunion, etc.) ou exerce autrement une activité communiste ne tombe pas sous le coup des arrêtés précités. Il peut cependant être passible de sanctions disciplinaires pour violation des dispositions du statut et notamment de ses articles 22 et 24.

Qu'est-ce qu'« appartenir (zugehören, appartenere) au parti communiste » et « participer (mitwirken, partecipare) à une organisation communiste » ? Il faut admettre que, dans les textes étudiés, les termes « appartenir » et « participer » sont synonymes, car il serait invraisemblable que le législateur ait voulu traiter différemment le parti et les organisations communistes. Or, selon le langage courant, « appartient » à une association la personne qui en est reçue membre ou qui, en d'autres termes, exerce les droits et remplit les devoirs d'un associé; en revanche, « participer » à une association, c'est coopérer, par un acte quelconque, à l'action qu'elle poursuit. Faut-il entendre le verbe « participer » dans le sens étroit d'« appartenir » ou attribuer au second la signification étendue du premier ? Nous croyons que le dernier membre de l'alternative répond le mieux à l'intention du législateur; en déclarant incompatible avec la fonction fédérale, par l'arrêté du 16 février 1937, « toute participation » à diverses organisations communistes, le Conseil fédéral voulait empêcher les fonctionnaires non seulement d'en devenir les membres effectifs, mais d'y collaborer en quelque manière.

Les arrêtés du 2 décembre 1932 et du 16 février 1937 s'appliquent donc à tous les fonctionnaires qui « participent » à une association communiste, qu'il s'agisse du parti communiste lui-même ou d'une autre organisation rattachée à la III^e Internationale.

« Participe » notamment à une association communiste, le fonctionnaire qui s'efforce de lui gagner des adhérents, la soutient par des contributions

⁷³ Arrêté du 16 février 1937, art. 2.

⁷⁴ Cf. *supra* : p. 75 et s.

pécuniaires ou obéit à ses décisions, particulièrement en cas d'élections ou de votations.

En prenant part à une manifestation communiste organisée *non point par une seule personne, mais par une association*, les fonctionnaires peuvent « participer » à cette dernière, selon l'intention qui les anime. L'employé de la Confédération qui assiste « en partisan » à une assemblée convoquée par une association communiste tombe évidemment sous le coup des arrêtés du 2 décembre 1932 et du 16 février 1937. Il en est de même s'il s'y rend « en curieux » ⁷⁵, car c'est favoriser une association que d'accepter ses invitations. En revanche, le fonctionnaire qui se mêle, « en qualité d'adversaire », à une réunion communiste dans l'intention de la troubler, échappe à la sanction prévue par l'arrêté du 2 décembre 1932; son attitude peut lui valoir cependant une peine disciplinaire en vertu des articles 22 et 24 LStF. Il va sans dire que les fonctionnaires de la police fédérale qui surveillent une manifestation communiste dans l'exécution de leurs devoirs professionnels ne sauraient être accusés de « participer » à une organisation communiste.

La légalité des articles 1 et 2 de l'arrêté du 2 décembre 1932 ⁷⁶ serait contestable, si la liberté d'association des fonctionnaires était exclusivement limitée par l'article 13 LStF., qui interdit l'« appartenance » et non point la « participation » aux associations illicites ou dangereuses pour l'Etat. Il est toutefois hors de doute que les deux premiers articles de l'arrêté précité sont compatibles avec la loi sur le statut, car ils sont manifestement conformes à ses articles 22 et 24, qui limitent aussi le droit de s'associer ⁷⁷.

V. Sanction juridique de l'interdiction

Conformément à l'article 3 de l'arrêté du 2 décembre 1932, le fonctionnaire qui appartient au parti communiste ou participe à une organisation communiste doit être licencié en application de l'article 55 LStF.

Nous avons observé plus haut ⁷⁸ que le fonctionnaire coupable d'avoir violé ses obligations par sa faute est passible des sanctions disciplinaires de l'article 31 LStF., à l'exclusion des mesures administratives prévues par l'article 55 LStF. L'illégalité de l'article 3 de l'arrêté prémentionné dérive de cette constatation.

⁷⁵ A moins qu'il ne prouve avoir ignoré le caractère communiste de cette manifestation.

⁷⁶ Ainsi que de l'article 1^{er} de l'arrêté du 16 février 1937.

⁷⁷ Cf. supra : p. 30 et s., 44 et s., 58 et s.

⁷⁸ Cf. supra : p. 67 et 68.

S'il est indéniable qu'un fonctionnaire enfreint ses devoirs par sa participation à une association communiste, il est non moins certain qu'en agissant de la sorte, il commet une faute. Encore qu'on ne puisse exiger d'un fonctionnaire la connaissance de toutes les prescriptions relatives à ses rapports de service, il est inadmissible qu'il ignore les devoirs fondamentaux que lui imposent les arrêtés du 2 décembre 1932 et du 16 février 1937. C'est par conséquent en application des articles 30 et s. et non point de l'article 55 LStF., que devrait être révoqué le fonctionnaire participant à une association communiste.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'un recours disciplinaire peut lui être adressé contre les décisions fondées par erreur sur l'article 55, alors qu'elles devraient être basées sur les articles 30 et s. LStF.⁷⁹ Toutefois, un appel à la Chambre du contentieux des fonctionnaires n'est pas admissible dans le cas particulier, si l'inculpé a « appartenu » et non seulement « participé » à une association communiste, c'est-à-dire si la décision attaquée est conforme à l'article 13 LStF., dont l'application ressortit exclusivement au Conseil fédéral.

Appendice

Conséquences pratiques de l'interdiction

Le 7 juin 1933, le Conseiller national Wunderli posa la « petite question » suivante au Conseil fédéral : « Comment et avec quel succès le Conseil fédéral a-t-il fait appliquer l'arrêté du 2 décembre 1932 concernant l'exclusion des communistes de l'administration fédérale ? Combien de fonctionnaires ont-ils démissionné ou ont-ils été révoqués ? Quelles garanties a-t-on quant à la sincérité de ceux qui ont préféré leur fonction au parti ? »

Le Conseil fédéral répondit en ces termes le 4 décembre 1933 : « L'arrêté fédéral du 2 décembre 1932 a été porté à la connaissance de tous les fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération. Ceux qui appartenaient au parti ou à une organisation communistes furent, sous menace d'une sanction, invités à quitter ce parti ou cette organisation. Ils furent en outre obligés, aussi longtemps qu'ils entendaient demeurer dans l'administration fédérale, de ne collaborer ni ouvertement ni secrètement à une organisation communiste. Le nombre des agents de la Confédération qui appartenaient au

⁷⁹ TF. 1930. I. p. 495, « Il résulte des considérations qui précèdent que c'est à tort que l'Administration a basé en l'espèce sa décision de licenciement sur l'article 55 StF. En réalité celle-ci se caractérise par ses motifs comme une révocation au sens de l'article 31 StF. Dès lors, et contrairement aux conclusions du Département fédéral des douanes, le recours interjeté par B. contre cette peine disciplinaire est recevable en conformité des art. 34 et s. JAD. »

parti communiste était relativement peu élevé. L'administration des postes, des télégraphes et des téléphones en comptait 14, les CFF. environ 80 et l'administration centrale 2 seulement. Tous ont préféré leur fonction au communisme. Le Conseil fédéral ne peut pas contrôler les sentiments personnels de ses agents. Il fera cependant en sorte que son arrêté ne demeure pas lettre morte.»

Il est permis de se demander si le Conseil fédéral était exactement renseigné sur les conséquences de l'arrêté du 2 décembre 1932, car, d'après des informations apparemment dignes de crédit, un fonctionnaire dont il est permis de citer le nom, Paul Cadalbert, aurait abandonné, à la fin de l'année 1932, son emploi officiel pour demeurer fidèle à ses convictions communistes.

Il est certain que les arrêtés du 2 décembre 1932 et du 16 février 1937 n'empêcheront pas l'adhésion cachée de certains fonctionnaires au parti communiste ni la création de cellules communistes secrètes dans les organes de l'administration. Peut-être même inciteront-ils quelques esprits naturellement contredisants, qui se regimbent par principe contre toutes les décisions de l'autorité, à se rapprocher des organisations communistes ? Néanmoins, l'interdiction de participer aux associations communistes retiendra la majorité des fonctionnaires, non seulement de s'y affilier, mais encore d'approuver intérieurement leur but. En effet, la plupart des individus cherchent à accorder leurs actes et leurs pensées, soit en conformant leur vie extérieure à leurs idées dans un régime de liberté, soit en modelant, dans un Etat autoritaire, leurs opinions sur l'attitude qui leur est imposée. Cette constatation, vérifiée par l'expérience, explique pourquoi, à cause des arrêtés précités, de nombreux fonctionnaires qui eussent été sinon sympathiques à la doctrine communiste en sont devenus de réels adversaires.

On ne saurait d'ailleurs honnêtement accuser de lâcheté les fonctionnaires qui sacrifient leurs conceptions politiques à l'assurance du pain quotidien, la misère de notre économie ne permettant guère aux agents licenciés, surtout s'ils sont communistes, de trouver dans une entreprise privée un emploi équivalant à leur fonction officielle⁸⁰.

⁸⁰ Pour situer les textes légaux que nous venons d'étudier, nous résumerons dans un bref aperçu les principales dispositions que notre pays a prises jusqu'à présent contre le communisme.

Outre les arrêtés du 2 décembre 1932 et du 16 février 1937, l'arrêté fédéral du 3 novembre 1936 « instituant des mesures contre les menées communistes en Suisse » a prévu l'interdiction de diverses formes de l'activité communiste.

Comme la Confédération, le canton de Bâle-Ville a décidé d'exclure de son administration tous les éléments communistes.

Une loi neuchâteloise déclare dangereux pour l'Etat et illégaux le parti ainsi que toutes les organisations communistes; elle dispose en son article 3 que « l'exercice d'un mandat public et d'une fonction administrative ou pédagogique est déclaré incompatible avec le fait d'être membre du parti communiste, d'une organisation qui s'y rattache ou qui s'en inspire »; le champ d'application de cette disposition est plus étendu que celui de l'arrêté fédéral du 2 décembre 1932, puisqu'elle vise aussi « les personnes qui, sans se rattacher à une organisation illicite, se livrent à une activité quelconque destinée à propager le communisme, l'anarchie ou d'autres doctrines préconisant ou comportant le renversement, par la violence, d'institutions démocratiques ».

Après avoir éliminé de ses organes administratifs tous les agents communistes, le canton de Genève a interdit lui aussi l'activité du parti et des organisations communistes sur son territoire.

§ 3. Les droits politiques

Les droits politiques ou civiques sont les facultés reconnues à l'ensemble des citoyens de participer à la formation de certaines décisions de l'Etat ⁸¹. La législation fédérale connaît quatre espèces de droits politiques : 1^o le droit de voter sur les normes constitutionnelles et légales soumises au referendum ⁸²; 2^o le droit d'élire les membres du Conseil national ⁸³ et les jurés fédéraux ⁸⁴; 3^o le droit de demander que les lois, les arrêtés et les traités visés à l'article 89, al. 2 et 3, CF. soient l'objet d'un referendum; 4^o le droit de proposer par une initiative la revision totale ou partielle de la Constitution ⁸⁵. Le droit de voter et celui d'élire sont compris sous la dénomination générale de droit de suffrage. La participation des citoyens à la création des décisions étatiques est *directe*, quand ils votent, et *indirecte* lorsqu'ils élisent et qu'ils appuient une initiative ou une demande de referendum.

Bien qu'ils ne soient pas au nombre des libertés individuelles *sensu stricto*, les droits politiques intéressent notre thèse puisqu'en les exerçant, les citoyens expriment des opinions. *Lex posterior et specialis*, la loi sur le statut des fonctionnaires déroge aux dispositions constitutionnelles et légales conférant des droits politiques aux citoyens ⁸⁶. Par exemple, en vertu de l'article 22 LStF., l'autorité disciplinaire a le droit d'infliger une peine au fonctionnaire qui signe une demande de referendum ou une liste d'initiative ⁸⁷. L'exercice du droit de suffrage étant secret ⁸⁸, un fonctionnaire ne peut être qu'exceptionnellement puni, en raison d'un vote qu'il a émis en qualité de citoyen. Néanmoins, s'il déclare avoir déposé une liste communiste dans l'urne électorale, il tombe sous le coup de l'arrêté du 2 décembre 1932 parce qu'en votant, il a participé à l'action du parti communiste ⁸⁹.

⁸¹ Cette définition exclut des droits politiques le droit d'éligibilité qui est limité par l'article 14 LStF., étudié au paragraphe suivant. Cf. H. Kelsen; *Aperçu...* : p. 41.

⁸² CF. art. 123 et 89.

⁸³ CF. art. 73 et s.

⁸⁴ OJF. art. 110.

⁸⁵ CF. art. 121.

⁸⁶ Néanmoins, la Confédération invite les cantons à faciliter aux fonctionnaires qui sont en service pendant les jours de vote l'accomplissement de leur devoir électoral; d'où l'installation de bureaux de vote dans les gares des grandes villes. W. FISCHLER... : p. 162 et 163.

⁸⁷ En 1929, le gouvernement prussien interdit aux fonctionnaires d'appuyer l'initiative tendant à l'adoption de la « loi contre l'esclavage du peuple allemand » (*Freiheitsgesetz*), qui stigmatisait les membres du gouvernement. Günter KLEIN; *Politische Pflichten...* : p. 382 et s. C. FALCK; *Volksbegehren...* : p. 710. W. SCHLEWEIS; *Das Rech...* : p. 55 et s. W. FENGE; *die Stellung...* : p. 47 et s. W. JELLINEK; *Verwaltungsrechtl...* : p. 370.

⁸⁸ FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 304. W. FISCHLER; *Besonderes...* : p. 158.

⁸⁹ Cf. *supra* : p. 77 et s.

Notre interprétation, qui semble rencontrer une opposition générale⁹⁰, est combattable par deux arguments assez importants pour retenir notre attention.

1. On peut prétendre que le principe *lex posterior specialis derogat generali* vaut uniquement si la règle spéciale est d'un ordre égal ou supérieur à celui de la règle générale dans la hiérarchie juridique. Il en résulterait que la norme spéciale formulée par une loi ne pourrait déroger aux dispositions générales contenues dans la Constitution. Fût-elle valable en principe, cette affirmation ne s'appliquerait pas dans le cas particulier, car l'article 22 LStF., dont dérivent toutes les obligations des fonctionnaires, a matériellement l'importance d'une norme constitutionnelle.

2. On objectera peut-être à notre opinion qu'à l'occasion des débats relatifs à l'article 24 LStF., le législateur a manifesté l'intention de ne limiter en rien les droits politiques des fonctionnaires⁹¹. Cet argument serait trop absolu pour être exact.

Au cours de trois sessions, l'article 24 fut discuté par les Chambres fédérales et leurs commissions. Tandis que le Conseil des Etats s'est rallié en première lecture et sans opposition au texte proposé par le Conseil fédéral⁹², le Conseil national vota d'abord la suppression du 1^{er} alinéa de l'article 24⁹³ et ne l'accepta plus tard⁹⁴ qu'avec l'adjonction de la phrase suivante : « Dans ces limites, l'exercice des droits politiques en dehors du service ne pourra entraîner à l'égard des rapports de service aucun effet qui soit au détriment du fonctionnaire. »

Les présidents des commissions compétentes ayant déclaré que cette disposition supplémentaire était sous-entendue par le texte du Conseil fédéral⁹⁵, le Conseil national s'inclina finalement devant la décision du Conseil des Etats⁹⁶.

⁹⁰ W. FISCHLER; *Besonderes...* : p. 156 et s. H. ESCHER; *Schweizerisches...* : p. 116. A. IMHOF; *Das öffentliche...* : p. 299a.

⁹¹ W. FISCHLER; *Besonderes...* : p. 161.

⁹² Bull. stén. CE. 1925, p. 119; il confirma sa décision au cours des débats ultérieurs : eodem loco; 1927, p. 21, 133, 134, 155 et 156.

⁹³ Bull. stén. CN. 1926, p. 526.

⁹⁴ Bull. stén. CN. 1927, p. 416.

⁹⁵ Déclaration du Conseiller aux Etats Baumann (Bull. stén. CE. 1927, p. 155) : « Dabei ist sie (die Kommission), und ich möchte das zu Protokoll erklären, durchaus der Auffassung, dass grundsätzlich auch der Beamte seine verfassungsmässig garantierten politischen Rechte soll ausüben dürfen. Unter diesem Gesichtspunkt können wir den Zusatz als überflüssig bezeichnen. Allein die Kommission wünscht auch nicht, dass durch einen solchen Satz der Auffassung Vorschub geleistet werden könnte, als ob der Beamte in der Betätigung seiner politischen Anschauungen an keine Rücksichten gebunden sei. Es kommt eben auch hier ganz wesentlich darauf an, wie man es treibt. Der Beamte ist

Il est évident que les déclarations présidentielles ne valent pas comme une interprétation authentique de l'article 24 LStF. et, par conséquent, ne lient pas les autorités chargées de l'appliquer. Il résulte d'ailleurs de ces déclarations⁹⁷ que leurs auteurs, loin de reconnaître au fonctionnaire une liberté politique illimitée, entendaient réserver même dans le domaine de son activité civique l'application de la loi sur le statut. La disposition par laquelle le Conseil national avait proposé de compléter l'article 24 al. 1 doit être entendue dans le même sens; les trois mots qui l'introduisent, « Dans ces limites... », ne permettent pas de douter qu'elle devait être interprétée, à l'instar de l'article 13 LStF.⁹⁸, en harmonie avec les autres dispositions de la loi et non point comme une norme exceptionnelle.

§ 4. *L'acceptation et l'exercice des charges publiques*

Les charges publiques, qui comprennent, au sens le plus large des mots, toutes les obligations des individus à l'égard de l'Etat⁹⁹, ne méritent d'être ici considérées que dans la mesure où leur acceptation et leur exercice impliquent l'expression d'une opinion. C'est dire que les charges politiques forment l'objet principal de notre étude.

I. *L'acceptation des charges publiques*

Aux termes de l'article 14 al. 1 LStF., « le fonctionnaire ne peut revêtir une charge publique que s'il y est autorisé par le service compétent ». L'article 77 CF. interdit aux fonctionnaires élus par le Conseil fédéral d'appartenir au Conseil national¹⁰⁰.

der Diener und Vertrauensmann aller Volkskreise und er hat dabei auf diese seine Stellung einigermaßen Rücksicht zu nehmen.»

Déclaration du Conseiller national Schüpbach (Bull. stén. CN. 1927, p. 478): « Die Kommission betrachtet den Zusatz zu Abs. 1 von Art. 23 als überflüssig, weil die Garantie der Ausübung der politischen und bürgerlichen Rechte, wie sie in diesem Absatz ausgesprochen wird, eine Selbstverständlichkeit ist. »

⁹⁶ Bull. stén. CN. 1927, p. 478 et 479.

⁹⁷ Cf. supra : note 95.

⁹⁸ Cf. supra : p. 65 et s.

⁹⁹ La direction générale des C.F.F. a répondu, le 20 février 1921, à une demande de la Fédération suisse des Cheminots que l'office de tuteur pouvait être considéré comme une fonction publique. C. WARTMANN; *Das Dienstverhältnis...* : p. 125.

¹⁰⁰ La plupart des fonctionnaires de la Confédération et non seulement ceux qui sont nommés directement par le Conseil fédéral tombent sous le coup de l'article 77 CF. FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 143, note 7. W. FISCHLER; *Besonderes...* : p. 174.

Lors des élections de 1919, quatre cheminots furent élus au Conseil national. Cette assemblée adopta un postulat invitant le Conseil fédéral à examiner le problème de la

Ces dispositions ne signifient pas que le fonctionnaire est inéligible à certaines charges publiques, mais seulement que ces dernières sont incompatibles avec la qualité d'employé de la Confédération ¹⁰¹. Nommé à une charge qu'il lui est défendu d'occuper, le fonctionnaire doit opter entre elle et sa fonction. Si les fonctionnaires ne peuvent siéger au Conseil national, il leur est loisible d'appartenir au Conseil des Etats dans les limites fixées par l'article 14 LStF. ¹⁰². Cette différence s'explique par la forme fédérative de l'Etat helvétique : les membres du Conseil national, représentants du peuple, sont nommés conformément aux lois fédérales, tandis que le Conseil des Etats est composé de députés cantonaux, élus en vertu des dispositions cantonales. Le constituant fédéral aurait empiété sur la souveraineté des cantons s'il avait limité le choix de leurs délégués.

Le second alinéa de l'article 14 précise que l'autorisation d'occuper une charge publique peut être refusée ou accordée conditionnellement, lorsque son exercice est susceptible de « porter préjudice à l'accomplissement des devoirs de service du fonctionnaire ou est inconciliable avec sa situation officielle ». Le fonctionnaire ne saurait prétendre occuper une charge publique dont l'exercice absorbe une part du temps dû à sa fonction ou le prive de l'indépendance et de la confiance nécessaires à l'accomplissement régulier de ses obligations ¹⁰³.

compatibilité des fonctions publiques avec le mandat de conseiller national. Le Message du Conseil fédéral du 7 juin 1920 admettait que les fonctionnaires et les employés de la Confédération devinssent membres du Conseil national, à l'exception des chefs de service directement soumis aux conseillers fédéraux ainsi que des membres de la Direction générale et des directions d'arrondissement des C.F.F. D'autre part, l'Union fédérative du personnel fédéral demanda par une initiative populaire que l'incompatibilité créée par l'article 77 CF. ne s'appliquât plus aux fonctionnaires fédéraux. Ni la proposition du Conseil fédéral ni l'initiative ne furent acceptées. La première, adoptée par le Conseil national, fut repoussée par le Conseil des Etats. La seconde ne fut recommandée par aucun des conseils; le peuple la rejeta le 11 juin 1922 par 251,720 voix contre 157,750. Cf. Message du 7 juin 1920, FF. 1920, 3^e v. : p. 611 et s. L'Union syndicale suisse : p. 413 et 414.

¹⁰¹ Le principe des incompatibilités fut introduit par le constituant fédéral, non comme une conséquence nécessaire du principe de la séparation des autorités, mais pour des motifs d'opportunité politique. Message du 7 juin 1920 : p. 616. Cf. les incompatibilités créées par les articles 108 al. 2 CF. et 110 OJF.

¹⁰² FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 157, note 11. Message du 18 juillet 1924 : p. 80.

¹⁰³ Message du 18 juillet 1924 : p. 81, « Les organes compétents apprécieront librement; ils compareront les intérêts de la fonction fédérale avec ceux de la charge publique. En cas de doute, les intérêts particuliers du fonctionnaire auront à s'effacer. » Les Directions générales des douanes et des P.T.T. n'autorisent pas à faire partie d'une commission fiscale les fonctionnaires capables de se renseigner, grâce à leur charge officielle, sur la situation financière des contribuables. C. WARTMANN; *Das Dienstverhältnis...* : p. 125.

II. L'exercice des charges publiques

L'article 14 al. 2 dispose en outre que l'autorisation d'exercer une charge publique peut être restreinte ou retirée dans les mêmes conditions qu'elle est refusée. Le retrait total ou partiel de l'autorisation est opérable en tout temps, même si le fonctionnaire occupe une charge temporaire.

Contrairement à la *communis opinio* ¹⁰⁴, nous affirmons que l'activité remplie par un fonctionnaire en qualité de membre du Conseil des Etats, d'un parlement cantonal ou d'une autorité communale est limitée non seulement par l'article 14 LStF., mais par toutes les dispositions légales relatives aux devoirs de service et hors de service des fonctionnaires. Si l'administration peut interdire l'acceptation de certaines fonctions, *a fortiori* dispose-t-elle du droit d'en restreindre l'exercice, lorsqu'il est incompatible avec les obligations du statut. En vertu de l'article 22 LStF., le fonctionnaire qui parle à la tribune parlementaire doit donc dire tout ce qui est conforme et taire tout ce qui est préjudiciable aux intérêts de la Confédération, tels que les gouvernants les conçoivent ¹⁰⁵.

Il importe toutefois d'examiner si le principe de l'immunité parlementaire, là où il est reconnu, ne paralyse pas l'application du statut.

Le privilège d'inviolabilité, qui permet aux membres d'une assemblée législative d'échapper à la loi sous certaines conditions, était primitivement destiné à défendre les prérogatives des parlements contre l'arbitraire royal. Il se justifie encore dans les monarchies constitutionnelles où subsiste une opposition plus ou moins accusée entre le roi et le parlement. En revanche, il est inexplicable, sinon par la force de la coutume, qu'un Etat démocratique soustraie les parlementaires aux lois votées par le peuple ou ses représentants ¹⁰⁶. Cette constatation nous conduit à interpréter strictement, dans un Etat comme le nôtre, les règles relatives à l'immunité parlementaire ¹⁰⁷. Ces dernières doivent donc céder devant les dispositions de la LStF. ¹⁰⁸.

Au surplus, à teneur de l'article 3 CF., la loi *fédérale* sur le statut des fonctionnaires doit l'emporter sur les dispositions *cantoniales* octroyant le

¹⁰⁴ W. FISCHLER; *Besonderes...*: p. 170. A. IMHOF; *Das öffentliche...*: p. 316a et 333a.

¹⁰⁵ Cf. *supra*: p. 58 et s.

¹⁰⁶ Kelsen; *Vom Wesen...*: p. 41.

¹⁰⁷ Cf. notamment: Loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération du 9 décembre 1850, art. 1; Loi fédérale sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération du 26 mars 1934.

¹⁰⁸ J. von MURALT; *Die parlamentarische Immunität...*: p. 105. En sens contraire, FLEINER; *Schweizerisches...*: p. 160, note 7.

bénéfice de l'immunité parlementaire aux membres des autorités législatives ¹⁰⁹.

§ 5. *Les occupations accessoires*

Selon l'article 15 al. 1 LStF., « il y a incompatibilité entre la fonction fédérale et les occupations accessoires exercées par le fonctionnaire, ou toute occupation exercée par un membre de sa famille vivant dans son ménage, lorsqu'elles peuvent porter préjudice à l'accomplissement des devoirs de service du fonctionnaire, ou lorsqu'elles sont inconciliables avec sa situation officielle ». Une occupation accessoire au sens de cette disposition est : 1. une activité *hors de service*, puisque l'article 21 LStF. interdit, pendant les heures de travail, toute occupation étrangère au service ¹¹⁰; 2. une activité *privée*, étant donné que l'article 14 LStF. règle spécialement l'acceptation et l'exercice des charges publiques.

Certaines professions, celles de journaliste ou d'écrivain par exemple, peuvent exiger de ceux qui s'y consacrent l'expression d'opinions. Aussi, en défendant l'exercice de telles activités aux fonctionnaires, la loi limite-t-elle leur liberté d'opinion. Il en résulte logiquement que l'étude de l'article 15 LStF. doit trouver place dans notre thèse.

Le premier alinéa de cette disposition signifie en bref que les occupations accessoires des fonctionnaires et de leurs proches sont limitées par les obligations du statut. Le fonctionnaire ne doit donc pas se vouer hors de sa fonction à des travaux qui lui ôtent la confiance de ses chefs, le fatiguent ou le préoccupent tant qu'il ne peut plus remplir ses obligations de service. L'article 15 est aussi violé lorsque l'épouse d'un fonctionnaire ¹¹¹ écrit des articles de journaux propres à le discréditer aux yeux des organes de l'administration et du public.

La loi est complétée par la disposition réglementaire suivante ¹¹²:

« Le fonctionnaire doit demander par la voie du service une autorisation :

- a) pour exercer une activité étrangère à son service, si cette activité a un but lucratif ou qu'elle l'occupe dans une large mesure d'une manière suivie;

¹⁰⁹ CF., Dispositions transitoires, art. 2.

¹¹⁰ Cf. supra : p. 46.

¹¹¹ Supposé qu'ils fassent ménage commun.

¹¹² RF. I. art. 13; RF. II. art. 10.

- b) pour participer à la direction d'une société poursuivant un but lucratif, ou d'une association ou institution dont l'objet est de procurer, d'après le principe d'entr'aide, des avantages économiques à ses membres. »

L'autorisation sollicitée doit être refusée dans trois éventualités qu'envisagent les articles 13 RF. I et 10 RF. II :

- 1) si l'occupation accessoire « est inconciliable avec l'observation du secret professionnel ». Il va sans dire qu'un fonctionnaire, journaliste à ses heures, ne peut divulguer dans ses articles des secrets d'Etat.
- 2) lorsque l'activité étrangère au service « constitue une concurrence déloyale envers l'artisanat, l'industrie, le commerce ou toute autre activité économique ». Le fonctionnaire peut être accusé de concurrence déloyale si, dans l'exercice d'une occupation accessoire lucrative, il bénéficie d'un avantage sur ses concurrents grâce à sa situation officielle. Les reportages en chemins de fer d'un fonctionnaire jouissant de facilités de transport sont-ils des actes de concurrence déloyale à l'égard des journalistes privés soumis aux tarifs normaux ? Cette question doit être résolue affirmativement si le fonctionnaire relate contre une rémunération et dans un style banal, des faits que tout journaliste professionnel aurait pu constater, mais au contraire négativement, si son activité journalistique ne vise aucun but lucratif, de même que s'il écrit un article littéraire ou scientifique dans un tour personnel ¹¹³.
- 3) quand l'occupation extraprofessionnelle « met sérieusement en danger la vie ou la santé du fonctionnaire ». Pour que cette condition soit réalisée, le préjudice qui menace ou atteint l'intégrité physique du fonctionnaire doit être de nature à entraver l'exécution normale de ses obligations de service.

Loin d'énumérer limitativement les cas de refus d'autorisation, les articles précités sous-entendent le caractère illégal d'une activité accessoire contraire au statut et notamment à ses articles 22 et 24.

§ 6. *Le secret administratif*

La loi sur le statut contient deux dispositions relatives au secret administratif : l'article 27, qui impose aux fonctionnaires un devoir de discrétion à l'égard de quiconque, et l'article 28, qui les soumet à une obligation identique, mais vis-à-vis du juge seulement ¹¹⁴. Le second, qui limite le droit

¹¹³ W. BERCHTOLD; *Avis de droit sur l'activité journalistique des fonctionnaires*.

¹¹⁴ Nous écartons de nos recherches les dispositions spéciales qui ont pour objet le secret postal, téléphonique et télégraphique. Message du 18 juillet 1924 : p. 101 et 102. CF., art. 36, al. 4. Code pénal fédéral, art. 53, al. 3. litt. c.

des tribunaux d'interroger les fonctionnaires comparant devant eux, concerne non seulement les rapports des fonctionnaires et de l'Etat, mais aussi les relations des autorités administratives et judiciaires.

I. Article 27 ¹¹⁵

Le projet du Conseil fédéral prévoit que « le fonctionnaire est tenu de garder le secret sur les affaires de service ». Les Chambres ont voulu corriger le caractère trop absolu de cette obligation ¹¹⁶, en spécifiant que seules font l'objet du devoir de discrétion « les affaires de service qui doivent rester secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales ».

Les « affaires de service » sont celles que le fonctionnaire connaît par l'exécution de ses devoirs de service. Ne rentrant pas nécessairement dans les attributions personnelles du fonctionnaire, elles peuvent intéresser une branche quelconque de l'administration. Enfreint l'article 27, l'huissier qui dévoile une conversation confidentielle entendue pendant ses heures de service, quand bien même les propos divulgués sont étrangers à sa fonction ¹¹⁷. Par contre, le fonctionnaire qui trahit un secret d'Etat appris hors de service, viole les articles 22 et 24 LStF, à l'exclusion de l'article 27.

Une affaire confidentielle « par nature » le demeurerait à jamais. Or, nous constatons qu'après un certain temps, tous les gouvernements autorisent la publication des secrets d'Etat et que les mêmes affaires peuvent être traitées publiquement dans un pays et secrètement dans un autre. Ce n'est donc pas « sa nature », mais plutôt « les circonstances » qui rendent une affaire confidentielle. Le texte suivant paraît donc préférable à l'article 27 actuel : « Il est interdit aux fonctionnaires de divulguer les affaires qu'ils devaient considérer comme secrètes, en raison des circonstances ou d'instructions spéciales. »

L'alinéa 2 de l'article 27 dispose que « le devoir de garder le secret professionnel subsiste même après la cessation des rapports de service ». Il est clair qu'après la rupture des liens spéciaux qui l'unissent à l'Etat, le fonctionnaire peut être poursuivi pénalement ou civilement, mais non plus disciplinairement ¹¹⁸.

¹¹⁵ E. CHAPUISAT; *La notion d'administration...* : p. 60 et s., 106 et s. J. NIEVERGELT; *Beamtenrech...* : p. 53 et s.

¹¹⁶ C. WARTMANN; *Das Dienstverhältnis...* : p. 96.

¹¹⁷ L'obligation de discrétion est absolue; le fonctionnaire qui siège au Parlement n'en est pas exempté. Cf. supra : p. 86 et s.

¹¹⁸ Message du 18 juillet 1924 : p. 102 et 103. C. WARTMANN; *Das Dienstverhältnis...* : p. 96.

II. Article 28 ¹¹⁹

Cette disposition est rédigée en ces termes :

« Le fonctionnaire ne peut déposer en justice, comme partie, témoin ou expert, sur les constatations se rapportant à ses obligations et qu'il a faites en raison de ses fonctions ou dans l'accomplissement de son service, qu'avec l'autorisation de l'office compétent.

« Cette autorisation est nécessaire, même après la cessation des rapports de service.

« Le Conseil fédéral fixe les règles d'après lesquelles l'office compétent donne ou refuse cette autorisation. L'autorisation ne peut être refusée que si les intérêts généraux du pays l'exigent ou si elle devrait avoir pour effet d'entraver dans une forte mesure l'administration dans l'accomplissement de sa tâche.

« Le Conseil fédéral désigne les offices compétents et règle la procédure. »

Quatre objets retiendront notre attention : 1) la déposition en justice; 2) les conditions obligeant le fonctionnaire à solliciter l'autorisation de déposer; 3) les motifs de refuser cette autorisation; 4) l'autorité auprès de laquelle elle doit être demandée.

1. Déposer en justice, c'est répondre en qualité de partie, de témoin ou d'expert à l'interrogatoire d'une autorité judiciaire. Nous entendons sous les termes d'autorité judiciaire, tout office accomplissant une fonction judiciaire, les tribunaux réguliers, les organes de police chargés d'enquêter sur les délits aussi bien que les services administratifs appelés à trancher les litiges entre l'Etat et les particuliers.

2. Le fonctionnaire ne doit requérir l'autorisation de déposer que si deux conditions sont réunies :

- a. D'une part, l'objet de sa déposition doit être un fait qu'il a constaté « en raison de ses fonctions ou dans l'accomplissement de son service ». Pour un fonctionnaire, apprendre un fait dans l'exercice de sa charge, c'est le connaître en raison de ses fonctions; la réciproque étant vraie, l'un des deux membres de l'alternative posée par le législateur est superflu.
- b. D'autre part, l'objet de sa déposition doit se rapporter à ses obligations. Cette condition, qui ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral, a été introduite par les Chambres. Lors des débats parlementaires, on a relevé qu'un douanier assistant, au cours d'une ronde,

¹¹⁹ En vertu d'un arrêté du 19 septembre 1911, les fonctionnaires ne pouvaient déposer en justice comme témoins qu'avec l'autorisation de l'office compétent. Cf. FLEINER; *Schweizerisches...* : p. 258, note 39. A. HOFFMANN; *Gutachten...* : p. 12.

à un délit qui n'est pas un acte de contrebande et partant ne touche pas à sa fonction, doit pouvoir renseigner les autorités judiciaires en qualité de témoin, sans solliciter d'autorisation officielle. Malgré la justesse de cette observation, le texte adopté protège insuffisamment les intérêts de l'administration; il permet en effet au fonctionnaire de déposer sans restrictions sur un fait qu'il a constaté dans l'exercice de ses obligations et qui concerne non point sa fonction proprement dite, mais l'administration à laquelle il se rattache. Aussi eût-il convenu de remplacer l'expression « se rapportant à ses obligations » par des termes d'un sens plus étendu, par exemple « intéressant l'administration ».

3. L'autorisation de déposer peut être refusée :

a. « si les intérêts généraux du pays l'exigent »;

b. « si elle devait avoir pour effet d'entraver dans une forte mesure l'administration dans l'accomplissement de sa tâche. »

L'article 28 subordonne l'intérêt particulier à l'intérêt général sans toutefois créer de conflit entre la justice et l'administration, attendu que l'intérêt privé contraire à l'intérêt de l'Etat n'est pas juste en droit.

En règle générale, les fonctionnaires ne sont pas autorisés à dévoiler en justice le nom des dénonciateurs de fraudes douanières. A tort ou à raison, l'administration craint que ces derniers ne se soucient peu de favoriser le fisc fédéral, s'ils ne sont assurés du secret.

4. Les offices compétents pour accorder l'autorisation de déposer sont des organes administratifs. Il paraît opportun d'habiliter ces derniers, plutôt que les tribunaux, à résoudre la question essentiellement politique de savoir si l'intérêt général doit primer l'intérêt particulier. Tandis que le Conseil fédéral soumet à des principes uniformes la pratique des autorités administratives, les tribunaux cantonaux auraient pu apprécier différemment l'intérêt public, si le droit d'accorder l'autorisation de l'article 28 leur avait été réservé.

TITRE SECOND

L'application des dispositions légales limitant la liberté d'opinion des fonctionnaires

CHAPITRE PREMIER

LA POURSUITE DISCIPLINAIRE

Semblablement à d'autres groupements d'individus, le corps des fonctionnaires est soumis à des règles spéciales dont lui seul dépend et qui forment son droit disciplinaire ¹. La poursuite disciplinaire est l'action dirigée contre les infractions à ces règles. Sa nature, les caractères qui la distinguent des actions civile ou pénale ² ne nous retiendront pas; c'est à la seule fin d'éclairer la jurisprudence des autorités disciplinaires que nous exposerons, à grands traits, les dispositions générales relatives à la poursuite disciplinaire.

I. Les conditions de la poursuite disciplinaire

En vertu de l'article 30 LStF., « le fonctionnaire qui enfreint ses devoirs de service, soit intentionnellement, soit par négligence ou par imprudence, est passible d'une peine disciplinaire ». « Les devoirs de service », au sens de

¹ V. WISARD; *La Discipline des fonctionnaires de la Confédération suisse*. Message du 18 juillet 1924: p. 110 et s.

² On entend sous les termes quelque peu impropres de « responsabilité civile », la « responsabilité pour dommage causé », qui légitime une action civile en indemnité.

Le fonctionnaire est responsable pénalement en tant que membre de la société et disciplinairement en qualité d'organe de l'administration. La peine disciplinaire dérive des rapports spéciaux unissant le fonctionnaire et l'Etat; la sanction pénale émane de l'Etat considéré comme détenteur de la puissance publique. Tandis que la seconde vise au maintien de l'ordre social, la première est infligée dans l'intérêt de l'administration.

Cf. V. WISARD; op. cit.: p. 4 et 5. E. KIRCHHOFFER; *Die Disziplinarrechtspflege...*: p. 4 et s. R. LETSCH; *Disziplinargewalt...*: p. 52 et s.

cette disposition, comprennent toutes les obligations qui sont imposées au fonctionnaire comme tel, et non seulement celles qu'il doit remplir pendant son temps de service.

Pour faire l'objet d'une poursuite disciplinaire, le fonctionnaire doit donc s'être rendu coupable d'une violation des obligations qui lui sont propres. La première condition d'une telle poursuite est une contravention aux dispositions de la loi sur le statut des fonctionnaires. La poursuite disciplinaire suppose nécessairement, en second lieu, la commission d'une faute, fût-elle lévisissime. La violation de la loi est caractérisée comme la condition objective de la poursuite disciplinaire, et la faute, comme sa condition subjective ³.

Le problème de la culpabilité dépasse les limites de notre thèse, qui se borne à l'étude des devoirs du fonctionnaire et de leur violation.

II. *Les peines disciplinaires*

L'article 31 LStF. énumère limitativement les peines suivantes :

- « 1. le blâme;
2. l'amende jusqu'à cent francs;
3. le retrait des facilités de transport;
4. La suspension temporaire d'emploi avec réduction ou privation du traitement;
5. le déplacement disciplinaire ou la rétrogradation avec un traitement égal ou réduit, le cas échéant avec réduction ou privation de l'indemnité de déménagement;
6. la réduction du traitement dans les limites des montants prévus pour l'emploi;
7. la réduction ou la privation des augmentations ordinaires de traitement;
8. la mise au provisoire;
9. la révocation. »

« En cas de violation légère des devoirs de service, il ne sera pas prononcé de peine disciplinaire si une admonestation, un rappel à l'ordre ou un avertissement sont suffisants », dispose l'article 23 RF. I.

Le déplacement administratif ⁴, la modification ou la résiliation des rapports de service pour de justes motifs ⁵, la non-réélection au terme de la période administrative ⁶ ne sont pas des peines disciplinaires.

³ Th. KERN; *Das Dienstrecht...* : p. 125 et s.

⁴ LStF. art. 9.

⁵ LStF. art. 55.

⁶ LStF. art. 57.

III. *Les autorités disciplinaires*

Les autorités disciplinaires de première instance sont exclusivement administratives⁷. L'importance des peines qu'elles ont le droit d'infliger dépend du rang qui leur est assigné dans la hiérarchie administrative. En tant qu'ils exercent une puissance disciplinaire sur leurs propres fonctionnaires, le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances ont la qualité d'autorités administratives.

Aux termes de l'article 34 LJAD., « la décision par laquelle un fonctionnaire est révoqué ou mis au provisoire pendant la période administrative », peut être attaquée par un recours à la Chambre du contentieux des fonctionnaires du Tribunal fédéral⁸. Le recours admis, la Chambre peut ordonner la réintégration du fonctionnaire condamné, annuler sa mise au provisoire, lui appliquer une peine moins sévère ou le renvoyer à l'autorité de première instance⁹.

Le fonctionnaire qui est frappé d'une sanction moins rigoureuse que la révocation ou la mise au provisoire et qui, partant, n'est pas habilité à recourir au Tribunal fédéral a le droit de soumettre la décision dont il est l'objet, au jugement d'une autorité administrative de recours¹⁰. Dans cette éventualité, il peut solliciter, à titre consultatif seulement, le préavis d'une commission disciplinaire¹¹. La réprimande et l'amende d'un montant égal ou inférieur à cinq francs, échappent à la compétence de ces commissions¹².

IV. *Les droits des fonctionnaires en procédure disciplinaire*

La procédure disciplinaire garantit aux fonctionnaires inculpés trois catégories de droits destinés à les protéger contre l'arbitraire d'une autorité administrative mal informée.

1. Le fonctionnaire doit être entendu, pendant l'enquête disciplinaire, sur l'infraction qui lui est reprochée. La faculté lui est reconnue d'invoquer tous les faits à sa décharge. L'enquête close, le fonctionnaire a le droit de

⁷ LStF. art. 33. RF. I. art. 26. O.g.s. 54 des C.F.F., ch. 26.

⁸ RF. I. art. 34. RF. II. art. 27.

⁹ LJAD. art. 40.

¹⁰ RF. I. art. 30; RF. II. art. 24.

¹¹ LStF. art. 33, al. 2; LJAD. art. 43; O. sur les commissions disciplinaires, art. 4; RF. I. art. 31, al. 3, art. 35; RF. II. art. 25, al. 3, art. 28.

¹² LJAD. art. 43, al. 4; O. sur les commissions disciplinaires, art. 5.

s'expliquer et de se défendre personnellement devant l'autorité disciplinaire ¹³.

2. En vertu de l'article 59, al. 2 LStF., le fonctionnaire peut se faire représenter par un mandataire :

a) lorsqu'il ne peut soutenir lui-même sa cause, pour des raisons plausibles;

b) dans la procédure de recours.

3. Il est enfin loisible au fonctionnaire appelé à comparaître devant une autorité administrative, de prendre connaissance des pièces sur lesquelles doit s'appuyer la décision disciplinaire ¹⁴. Ce sont ces documents seulement que le fonctionnaire est autorisé à consulter, à l'exclusion des autres pièces que peut contenir le dossier. Cette limitation des droits du fonctionnaire est inspirée par la crainte qu'en examinant le dossier tout entier, il n'apprenne le nom de son dénonciateur éventuel. « Si l'inculpé, dit le Message du 18 juillet 1924 ¹⁵, peut prendre connaissance du dossier de l'enquête, il est à craindre que les violations de service ne soient plus révélées, parce que les collègues, les supérieurs et les inférieurs du fonctionnaire incriminé ne voudront pas jouer le rôle de dénonciateurs, ni s'exposer au reproche de manquer de solidarité, ou encore d'agir contre les intérêts des associations du personnel. La conséquence en serait que l'instruction des enquêtes deviendrait plus difficile, voire même impossible, et que la sanction des violations de service serait rendue problématique. L'exercice du pouvoir disciplinaire en souffrirait. » Malgré l'incontestable valeur de ces arguments, l'administration n'est pas intéressée, selon nous, à favoriser la délation ni à protéger les délateurs; les inconvénients d'une dénonciation secrète dépassent ses avantages apparents, tant il est évident que le fonctionnement satisfaisant d'une entreprise quelconque suppose l'existence entre tous ses organes, de relations parfaitement loyales.

En revanche, dans la procédure de recours au Tribunal fédéral, le recourant et son conseil peuvent, avant les débats, prendre connaissance du dossier ¹⁶ sans restrictions.

¹³ LStF. art. 32, al. 1 et 2; RF. I. art. 27 et 28; RF. II. art. 21 et 22; LJAD. art. 37 et 39.

¹⁴ LStF. art. 32, al. 2; RF. I. art. 28, al. 1; RF. II. art. 22, al. 1. Il serait facile d'insister sur la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, de distinguer les pièces que le fonctionnaire est autorisé à consulter, de celles qui doivent demeurer secrètes.

¹⁵ p. 122 et 123.

¹⁶ LJAD. art. 38.

CHAPITRE II

LES CAS D'ESPÈCE

Nous exposons dans ce chapitre une série de cas où, par l'expression d'opinions, des fonctionnaires ¹ ont motivé l'intervention de l'Etat, sous la forme d'une poursuite disciplinaire. Nous y étudions en outre quelques décisions individuelles, qui ne sont pas de nature disciplinaire et ne rentrent pas dans les dispositions légales. Il ne s'agit ici que d'un exposé, autrement dit d'une succession de cas d'espèce que nous nous abstiendrons de commenter pour le moment, nous réservant d'en dégager quelques principes directeurs, au cours du chapitre prochain. Les décisions que nous analysons sont antérieures aussi bien que postérieures à l'entrée en vigueur de la loi sur le statut des fonctionnaires.

Notre étude ne prétend pas être complète. Nous ne pouvions songer à enquêter dans toutes les parties du pays, pour contrôler l'application des dispositions du statut par les organes inférieurs de l'administration; il nous a paru suffisant d'examiner les décisions du Tribunal fédéral et des autorités administratives supérieures ², lesquelles se prononcent sur toutes les questions de quelque importance, touchant aux violations des devoirs de service. Comme la plupart des cas dont nous nous occupons intéressent des cheminots et des postiers, c'est la jurisprudence des Directions générales des Chemins de fer et des Postes, qui forme l'objet essentiel de ce chapitre.

Il va sans dire que nous n'avons pas vérifié, par des recherches personnelles, tous les faits sur lesquels s'appuient les décisions que nous résumons. Force nous est de nous fier aux indications contenues dans les dossiers que nous avons consultés. Il faut d'ailleurs reconnaître que les garanties dont la procédure disciplinaire est entourée excluent presque toutes les erreurs de fait. Dans quelques cas, malheureusement assez rares, nous avons pu exa-

¹ Nous croyons pouvoir citer, sans dommage pour personne, le nom des fonctionnaires révoqués, dont le départ de l'administration a été presque toujours signalé par la presse. En revanche, nous ne désignons que par leurs initiales les fonctionnaires qui, malgré la sanction dont ils ont été frappés, ont pu rester au service de l'Etat.

² C'est le lieu de remercier les administrations fédérales et les associations du personnel qui nous ont ouvert leurs dossiers, en nous témoignant une confiance dont nous leur savons gré. Sans leur obligeance, l'étude jurisprudentielle que nous entreprenons eût été impossible.

miner le dossier de l'administration et celui de l'association qui représentait le fonctionnaire incriminé; il est permis d'admettre sans discussion l'exactitude des faits qui concordent dans l'un et l'autre dossiers.

Section première. Les violations des obligations de service

§ 1. *La grève*

I. *La grève générale de 1918*

Les privations des années de guerre avaient engendré dans le monde ouvrier un mécontentement latent, qui s'est exprimé sous la forme d'une grève générale, à la suite d'un événement sans gravité apparente. Prétextant l'interdiction ordonnée par le Conseil fédéral, d'une manifestation en l'honneur de la Révolution russe, le « Comité d'Olten » qui était alors l'organe directeur du mouvement socialiste et syndicaliste déclencha, le 9 novembre 1918, une grève de quarante-huit heures dans vingt localités importantes et, le 11, à minuit, une grève générale d'une durée illimitée ³.

Les revendications des grévistes, dont quelques-unes ne paraissent aujourd'hui rien moins que révolutionnaires, étaient au nombre de neuf ⁴:

- « 1. Réélection immédiate du Conseil national sur la base de la représentation proportionnelle.
- « 2. Droit de vote actif et passif des femmes.
- « 3. Introduction de l'obligation générale du travail.
- « 4. Introduction de la semaine de 48 heures.
- « 5. Réorganisation de l'armée, dans le sens d'une armée populaire.
- « 6. Garantie du service de ravitaillement d'accord avec les producteurs agricoles.
- « 7. Assurance-vieillesse et invalidité.
- « 8. Monopole d'Etat pour l'importation et l'exportation.
- « 9. Amortissement de toutes les dettes d'Etat par les possesseurs. »

Il résulte des rapports présentés au Département des chemins de fer par les entreprises de transport qu'une grande partie des cheminots participa à la grève. L'exploitation de 42 entreprises fut totalement interrompue; 15 d'entre elles annoncèrent une suspension partielle du travail; bien que leur personnel n'ait point pris part à la grève, 16 administrations furent

³ *L'Union syndicale suisse*: p. 160 et 161; A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...*: p. 14.

⁴ *L'Union syndicale suisse*: p. 161 et 162.

obligées de réduire leurs services; dans 65 entreprises seulement, pour la plupart d'importance secondaire, le travail se poursuivait normalement ⁵.

En revanche, sauf dans les centres grévistes, l'ensemble du personnel postal demeura fidèle à son devoir ⁶; sur 17,500 agents, on ne compta guère plus de 1300 grévistes ⁷. Les autres branches de l'administration ne constatarent, pour ainsi dire, aucune défection.

La fermeté du peuple suisse, communiquée aux autorités fédérales ⁸, obligea le « Comité d'Olten » à décider, le 14 novembre déjà, la cessation de la grève. Par l'ordonnance du 11 novembre « sur les mesures contre les atteintes à la sûreté de la Confédération », le Conseil fédéral avait déclaré punissables, les fonctionnaires, les employés et les ouvriers de la Confédération qui prendraient part à la grève ou l'encourageraient ⁹. Il exhorta les agents publics en grève à reprendre le travail, dans un appel adressé à l'ensemble du personnel fédéral ¹⁰. « Nous ne pouvons admettre, dit-il, que dans les temps sérieux et gros de dangers que nous traversons, des fonctionnaires, employés ou ouvriers de la Confédération abandonnent leur poste. En entrant au service de l'Etat, vous avez contracté envers lui des devoirs dont vous ne pouvez vous affranchir à la légère. Vous êtes liés à l'Etat par un lien de fidélité qui vous interdit d'agir de la sorte. Pour toute la société concentrée dans l'Etat, il est nécessaire que vous remplissiez sûrement et fidèlement vos fonctions; de vous dépend la vie économique de cette société. »

Dans son rapport de gestion de 1918, le Conseil fédéral lui-même reconnut que « la sommation de reprendre le travail sous menace de punition, ... ne fit d'impression que sur un petit nombre d'agents » ¹¹. Certes, sans l'intervention immédiate de l'armée, les textes légaux eussent été impuissants à briser la grève.

La suspension totale ou partielle du travail causa à la Confédération un préjudice évident. L'administration des Postes estime que la vente des timbres-poste diminua, de ce fait, de Fr. 550,000.— ¹². Néanmoins, pour des motifs dont l'appréciation appartient au politicien et non pas au juriste, les

⁵ FF. 1919 II. p. 901.

⁶ FF. 1919 II. p. 961.

⁷ A. STUDHALTER; *Der Beamtenstreik...*: p. 14.

⁸ Cf. *l'Union syndicale*: p. 162: « Après un début très hésitant, le Conseil fédéral joua le rôle de l'homme fort qui se fait accorder par le Parlement les pleins pouvoirs nécessaires pour mater militairement la grève. »

⁹ FF. 1918 V. p. 71.

¹⁰ FF. 1918 V. p. 71.

¹¹ FF. 1919 II. p. 963.

¹² FF. 1919 II. p. 965.

grévistés ne furent frappés qu'avec une extrême modération. Traduits devant le Tribunal militaire de la troisième division, la plupart des membres du « Comité d'Oltén » furent libérés; quatre seulement subirent des peines d'emprisonnement ¹³. Durant les mois qui suivirent la grève générale, plusieurs fonctionnaires, en particulier des cheminots, furent déferés aux tribunaux militaires, qui condamnèrent quelques-uns d'entre eux ¹⁴. L'administration considéra certains jours de grève comme un temps de repos; elle opéra une réduction sur les salaires des autres jours, à titre de sanction de la suspension du travail ¹⁵. Il convient de noter, en y insistant, qu'aucune autre peine ne fut infligée aux fonctionnaires qui participèrent eux-mêmes ou incitèrent leurs collègues à la grève.

II. *La menace de grève de 1923*

En 1923, une section de la Fédération des cheminots, l'Union ouvrière des entreprises suisses de transport, soumit à la signature de ses membres une formule qui portait le texte suivant :

« 1. Le soussigné est-il prêt à repousser, conformément aux instructions de la direction centrale de l'U.O.E.S.T., soit par une grève, soit par la résistance passive, la prolongation projetée de la durée du travail ?

Réponse :

Signature : ...

« 2. Au cas où je manquerais à ma parole, je prends l'engagement de verser deux cents francs à la caisse centrale de l'U.O.E.S.T., à titre de peine conventionnelle.

Signature : ... »

Sous la menace de révocations, la Direction générale des CFF, interdit aux cheminots la distribution et la signature de ces formules. L'enquête administrative démontra qu'elles émanaient d'un organe incompétent de l'Union Ouvrière, qui fut désapprouvé par la Fédération des cheminots. Cette dernière se défendit pourtant de vouloir condamner le principe même de la grève et de la résistance passive. Elle proclama au contraire qu'elle se réservait d'y recourir au moment qu'elle jugerait opportun. Il est utile de rappeler que, sur ce point particulier, la Fédération a modifié sa doctrine, dès avant l'entrée en vigueur de la loi sur le statut des fonctionnaires.

Par une circulaire du 18 septembre 1923, le ministère public fédéral

¹³ *L'Union syndicale* : p. 165.

¹⁴ *L'Union syndicale* : p. 165.

¹⁵ FF, 1919 II, p. 964; A. STÜDHALTER; *Der Beamtenstreik...* : p. 14.

invita les autorités de police cantonales à l'informer des tentatives de grève ou de résistance passive qui pourraient se préparer dans les rangs des cheminots.

§ 2. *L'appartenance au parti communiste*

Révocation de R. Schmid

Fonctionnaire des CFF., Rudolf Schmid appartenait à la cellule communiste de la gare de Zurich, depuis le printemps de l'an 1930, époque à laquelle il était rentré d'un voyage en Russie. Au mois d'octobre de la même année, Schmid remit à quatre ouvriers des CFF., dans un local et pendant les heures de service, un numéro de l'organe communiste *Das rote Signal*. Les tendances révolutionnaires de ce journal ressortent nettement de tous les numéros qui en furent publiés. « La conscience de classe, lit-on dans le premier, vit au-dedans de nous; nous espérons que le jour viendra où nous pourrons expédier dans un monde meilleur, tous les suceurs de sang. » Le numéro 5 excite, sans fard, tous les fonctionnaires à la révolte : « Aussi, prolétaires, prenons de nouveau conscience de notre force : travailleur, réveille-toi et mesure ta puissance ! Toutes les roues s'arrêtent, le jour où le décide ton bras vigoureux. C'est seulement par l'action révolutionnaire, une ferme collaboration, la grève et des manifestations, que nous mettrons à genoux notre administration réactionnaire. » Le numéro répandu par Schmid est inspiré du même souffle révolutionnaire : « Il est impossible qu'une organisation ouvrière serve à la fois l'Etat et les intérêts des travailleurs. Pour une loi d'esclavage ¹⁶, les réformistes ont rejeté de leur association les travailleurs révolutionnaires. »

L'administration des CFF. refusa de garder à son service un tel fonctionnaire qui travaillait à détruire les institutions étatiques ¹⁷. Révoqué par l'autorité administrative, Schmid recourut au Tribunal fédéral qui confirma la décision de l'organe inférieur ¹⁸.

Dans son premier considérant, la cour observe que le Conseil fédéral, seul compétent pour appliquer l'article 13 LStF. relatif à la liberté d'association des fonctionnaires, n'a pas interdit à ces derniers d'adhérer au parti communiste. De cette constatation, le Tribunal fédéral déduit qu'il n'a pas

¹⁶ La loi sur le statut des fonctionnaires.

¹⁷ Décision de la Direction des C.F.F. du III^e arrondissement du 18 novembre 1930.

¹⁸ TF. 57 I. p. 154 et s.

le droit de prononcer une sanction disciplinaire contre Schmid, en raison de son appartenance au parti et à une cellule communistes.

L'autorité judiciaire admet cependant que l'activité exercée par un fonctionnaire conformément aux statuts du parti communiste peut violer les devoirs que la loi impose aux organes de l'Etat. Si toute propagande politique doit être en principe bannie de l'administration, la distribution d'un journal subversif pendant les heures et dans les locaux de service semble particulièrement intolérable et justifie une sanction disciplinaire rigoureuse. Il importe peu en l'espèce que Schmid ait voulu porter atteinte à l'autorité de ses chefs ou défendre, d'une façon générale, la cause de son parti.

Fondée sur les articles 22 et 24 LStF., la révocation de Schmid est motivée non point par son affiliation au parti communiste, mais par l'activité qu'il a exercée en qualité de membre de cette organisation.

§ 3. *L'obéissance aux ordres de service*

Rétrogradation et déplacement disciplinaires de L. M. et C. M.

Un groupement politique de Genève avait convoqué dans cette ville, pour le 9 novembre 1932, une réunion dont l'ordre du jour portait la mise en accusation de deux chefs d'un parti opposé. Ce dernier invita ses adhérents à troubler la manifestation de leurs adversaires. Une émeute éclata, au cours de laquelle la troupe appelée à maintenir l'ordre usa de ses armes. A la suite de ces événements, plusieurs unités militaires furent mobilisées.

Le 11 novembre 1932, un mécanicien du dépôt de Fribourg, L. M., reçut l'ordre de conduire à Morges un train militaire chargé de dragons. De diverses manières, L. M. manifesta le déplaisir avec lequel il exécuterait sa mission. Il invita C. M., l'aide-mécanicien chargé de l'accompagner, à demander par téléphone à la « Fédération suisse des cheminots » s'ils devaient obéir aux injonctions de leurs supérieurs. Le secrétariat de la Fédération répondit en ces termes : « L'Office syndical ne s'occupe pas des affaires de Genève. Le personnel n'a qu'à se conformer aux ordres qu'il a reçus. » Les deux fonctionnaires conduisirent sans encombre le train à sa destination.

Par décision disciplinaire de la Direction du 1^{er} arrondissement des CFF., L. M. et C. M. furent déplacés et rétrogradés. Confirmant le préavis de la commission disciplinaire compétente, la Direction générale des CFF.

rejeta, le 21 avril 1933, le recours formé contre la décision de première instance.

Tout en reconnaissant que L. M. et C. M. avaient accompli leurs obligations de service, la commission disciplinaire estima que l'attitude des recourants révélait « un état d'esprit absolument inconciliable avec le degré minimum de confiance que l'administration est en droit d'exiger de son personnel; que le recourant L. M., qui par ailleurs est un excellent mécanicien, a manifesté à l'occasion de cette mise en marche d'un train militaire une mauvaise volonté et une hostilité de sentiments à l'encontre des ordres reçus, qui décelaient un esprit d'indiscipline et une incompréhension de sa situation professionnelle; ... qu'enfin L. M. a fait prendre par le recourant C. M., qui partageait entièrement son état d'esprit, des informations sur l'éventualité d'une grève générale et des instructions sur la conduite à tenir au sujet du train militaire; qu'en ce faisant, L. M. et C. M. ont donné l'idée qu'ils plaçaient les ordres de leur syndicat au-dessus de l'autorité de leurs chefs hiérarchiques; que l'allure et le ton des questions posées à leur syndicat créent la certitude que, sans la réponse prudente et sage de ce dernier, les recourants auraient donné la préférence à ses injonctions;... »

La commission disciplinaire releva d'autre part que, jugée sur le terrain du droit commun, l'attitude de L. M. et C. M. légitimait leur résiliation immédiate en vertu des articles 352 et 353 CO. Elle refusa de considérer comme une circonstance atténuante, l'effervescence des esprits qu'avaient provoquée les événements du 9 novembre 1932, mais elle admit au contraire que la gravité des circonstances devait inciter les fonctionnaires « à plus de maîtrise encore et à plus de sang-froid dans le strict et loyal accomplissement de leurs devoirs. »

§ 4. *Le dépôt de journaux dans les locaux du personnel*

En application de la communication générale de service N° 27, du 3 juin 1927, l'administration des CFF. interdit le dépôt du journal intitulé *Die Deutsche Freiheit* dans les salles de lecture du personnel situées à proximité de la frontière allemande. Il s'agissait en l'occurrence d'un organe étranger qui menait une lutte acharnée contre le gouvernement hitlérien et dont la lecture dans les locaux du personnel des stations limitrophes de l'Allemagne, pouvait entraîner de fâcheux incidents entre les autorités suisses et allemandes.

En revanche, l'administration ne défendit pas de déposer dans les salles

de lecture du personnel des CFF. l'organe du front national suisse, *Die Front*, pour autant qu'il n'excéderait pas les limites de la critique exercée habituellement par les journaux politiques ¹⁹.

Section II. Les violations des obligations hors de service

§ 1. *L'obligation de sauvegarder les intérêts de la Confédération et l'obligation de dignité*

I. *La critique des autorités*

1. L'affaire Späni-Roner ²⁰

Cette affaire suscita, au début du siècle, d'ardentes polémiques. Au moment où elle éclata, l'administration entretenait des rapports dépourvus d'aménité avec l'Union des télégraphistes zurichois à la suite d'une lettre, prétendue blessante, que son président, le télégraphiste Späni, avait adressée au Département des postes.

Au mois de décembre de l'année 1903, le Conseil fédéral révoqua un télégraphiste, nommé Ruckstuhl, qu'il accusa d'avoir violé ses devoirs de service. Sur ce, Späni et son collègue Roner, au nom des télégraphistes zurichois, firent paraître dans plusieurs journaux un article critiquant en termes violents la décision du Conseil fédéral. Ils prétendirent notamment que la cause véritable de la révocation de Ruckstuhl était, non pas une faute de service, mais la publication d'une brochure dans laquelle il prenait à partie l'administration des télégraphes. Considérant, d'une part, que cet article formulait des soupçons aussi outrageants que dénués de fondement et, d'autre part, que ses auteurs avaient été plusieurs fois punis disciplinairement, le Conseil fédéral prononça le 15 janvier 1904 la révocation de Späni et de Roner. A sa demande, Roner fut réengagé. En revanche, l'administration refusa de revenir sur l'exclusion de Späni; un recours qu'il adressa à l'Assemblée fédérale fut rejeté pour cause d'incompétence ²¹.

¹⁹ Lettre de la Direction générale des C.F.F., du 8 novembre 1933, à M. le Conseiller national Bratschi, secrétaire de la Fédération suisse des Cheminots.

²⁰ W. AMMANN; *Die Wahrung...*: p. 237. *Schweizerische Post- und Telegraphenzeitung*, 1904, N° 8.

²¹ FF. 1904. IV. p. 542 et s. Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le recours de M. C. Späni à Rapperswil et Dr E. Kuri, président de la Fédération des fonctionnaires, employés et ouvriers fédéraux; *Darstellung des Rekursfalles des C. Späni und der Mitglieder der vereinigten Verbände des eidgenössischen Personals zu Handen der hohen Bundesversammlung*, Luzern. Buchdruckerei C. J. Bucher, 1904.

2. La suspension et le déplacement disciplinaire de C. D.

Lors d'un bal public du parti socialiste de St-Maurice, le chef de train C. D. prononça, entre deux danses, un discours blâmant le rôle de l'autorité et de l'armée au cours des événements du 9 novembre 1932 ²², tout en louangeant les émeutiers et leurs chefs.

De son propre aveu, C. D., qui avait revêtu à cette occasion l'uniforme de service, parla des « massacres » de Genève et de la « tuerie » qui « souilla » les rues de cette ville; il déclara que l'incarcération du leader socialiste Nicole n'avait été qu'un acte de « vengeance » de la part des autorités qui l'avaient ordonnée. Les propos de l'imprudent chef de train indignèrent de nombreux habitants de St-Maurice; preuve en sont les articles que publièrent à son sujet les journaux de la région et les plaintes dirigées contre lui, que reçut l'administration.

Le 30 mars 1933, la Direction du 1^{er} arrondissement des CFF. transférait disciplinairement C. D. de St-Maurice à La Chaux-de-Fonds, le suspendait de ses fonctions pendant dix jours et le menaçait de révocation en cas de récidive. Cette décision, basée sur les articles 22 et 24 LStF., souligne que, par ses paroles, C. D. a « violemment heurté les sentiments d'une partie de ses auditeurs et soulevé à St-Maurice et dans les environs une juste indignation ». « Votre façon d'agir, précise l'autorité disciplinaire, est d'autant plus répréhensible qu'elle constitue, dans les circonstances actuelles, une entrave aux efforts de notre Administration pour attirer la clientèle. »

C. D. recourut contre la sanction dont il était frappé et sollicita un préavis de la commission disciplinaire compétente ²³. Cette dernière contesta l'applicabilité de l'article 22 LStF. en l'espèce, pour la raison que les actes reprochés au recourant s'étaient passés hors de service. Cette interprétation erronée ²⁴ conduisit l'autorité consultative à préavisier en faveur d'un allègement de la peine. La Direction générale des CFF. ne suivit pas l'argumentation de la commission disciplinaire et maintint la décision de l'autorité inférieure ²⁵. Après avoir démontré que l'article 22 LStF. régit aussi bien l'attitude hors de service que les actes de service des fonctionnaires, l'autorité de recours admit que la « grave incartade » de C. D. « était de nature à causer un sérieux préjudice à l'administration ». Au contraire de la commission

²² Cf. supra p. 101.

²³ Préavis de la commission disciplinaire du 1^{er} arrondissement des CFF. du 21 août 1933.

²⁴ Cf. supra p. 58.

²⁵ Décision de la Direction générale des CFF. du 22 septembre 1933.

disciplinaire, elle ne releva pas à l'avantage du recourant ses qualités professionnelles. Bien plus, elle estima que son intelligence et sa formation « devaient lui faire comprendre mieux qu'à tout autre à quel point ses paroles étaient déplacées et à quoi il s'exposait en les prononçant ».

3. Les cas H. H. et H. W.

Soupçonné d'être l'auteur ou l'instigateur d'un article de l'*Argauer Tagblatt* critiquant l'administration des Postes, le buraliste H. H. fut blâmé par la Direction d'arrondissement compétente, au mois de janvier 1934 ²⁶.

Un autre fonctionnaire postal, H. W., fut également l'objet d'un blâme disciplinaire au mois de juin de la même année, pour avoir publié dans le *Journal des P. T. T.*, un article préjudiciable à l'administration et fondé sur des faits partiellement inexacts ²⁷.

II. L'activité politique

1. Campagne électorale

En 1934, le parti bernois des paysans, artisans et bourgeois, présenta, comme candidat au Grand Conseil, un conducteur d'automobiles au service de l'administration des postes, nommé A. C. Celui-ci utilisa l'automobile postale pour quelques tournées de propagande, entre les courses réglementaires. L'enquête administrative établit que, dans ses campagnes électorales en automobile, C. avait gardé son uniforme de service, bien qu'il eût enlevé les plaques indicatrices et les disques officiels de la voiture.

Sur la plainte anonyme d'un groupe d'électeurs, l'administration ²⁸ adressa un avertissement à C., l'invitant à observer, dans son activité politique, une prudente réserve. Il fut prié de s'abstenir de toute propagande politique pendant les heures de travail et le temps libre que lui laissaient, au cours de la journée, les interruptions de service. Il lui était interdit d'employer les voitures des postes à des fins électorales et de revêtir ses effets officiels dans des assemblées politiques.

2. L'attitude à l'égard des Etats étrangers

Au cours de la campagne d'Ethiopie, le gouvernement de Rome invita tous les époux italiens à contribuer aux dépenses de guerre, en donnant à

²⁶ Communications de la Direction générale des Postes à la Direction d'arrondissement de Aarau, du 20 décembre 1933 et du 11 janvier 1934.

²⁷ Décision de la Direction générale des Postes du 20 juin 1934.

²⁸ Communication de la Direction générale des Postes à la Direction d'arrondissement de Neuchâtel du 3 juillet 1934.

la patrie leur anneau nuptial. Le jour désigné pour l'offrande, C. C., facteur des messageries au Tessin, se trouvait en Italie. Malgré sa nationalité suisse, il sacrifia son alliance, à l'exemple des patriotes italiens. Circonstance jugée aggravante par l'administration, il accompagna ce don d'une déclaration que reproduisit en ces termes un journal transalpin : « Ardente di amore per la nazione vicina, offra la mia fede nuziale coll' augurio che questa si faccia sempre più grande e vittoriosa, sogno fulgidissimo di Benito Mussolini. »

Le geste et les paroles de C. émurent quelque peu le monde des fonctionnaires et les milieux tessinois les moins sympathiques au fascisme.

L'administration des postes interdit à C. de porter l'anneau de métal qu'il avait reçu, en échange de l'alliance offerte au gouvernement italien. Tout en admettant qu'il s'était laissé imprudemment gagner par l'enthousiasme général, l'autorité fédérale blâma C. d'avoir oublié les devoirs qu'implique sa qualité de fonctionnaire. Elle l'informa qu'en cas de récidive, il ne pourrait invoquer à sa décharge l'excuse de ne pas s'être rendu compte de l'étendue de ses obligations ²⁹.

§ 2. *L'appartenance au parti communiste*

I. Jusqu'au 1^{er} janvier 1928

Avant l'entrée en vigueur de la loi sur le statut des fonctionnaires, c'est-à-dire antérieurement au 1^{er} janvier 1928, l'autorité fédérale ne défendit pas aux fonctionnaires d'appartenir au parti communiste. Par les décisions que nous étudions ci-dessous, elle révoqua cependant deux fonctionnaires, en raison de l'activité qu'ils avaient exercée, hors de service, comme membres de ce parti.

1. Emile Küng

Fonctionnaire postal et communiste militant, Emile Küng participa à Zurich, le 13 juin 1919, à une assemblée publique interdite qui dégénéra en bagarre. Tuées ou blessées, plus de vingt personnes tombèrent ce jour-là dans les rues de la ville. Jugé partiellement responsable de l'émeute et de ses conséquences, Küng fut révoqué ³⁰. Le recours qu'il interjeta contre cette décision fut écarté par le Conseil fédéral le 23 décembre 1919.

²⁹ Communication de la Direction générale des Postes à la Direction d'arrondissement de Bellinzone du 9 mars 1936.

³⁰ Décision du Département des Postes du 1^{er} juillet 1919.

L'autorité exécutive supérieure affirma que la responsabilité disciplinaire peut résulter de la violation du devoir de fidélité, qui incombe aux fonctionnaires dans leur activité officielle aussi bien que hors de leur service. Après avoir proclamé qu'en droit public suisse, les fonctionnaires peuvent manifester librement leurs opinions politiques, l'administration n'admit pas que l'un d'eux s'attaquât d'une manière illicite à l'Etat et aux pouvoirs publics. Elle jugea bien plutôt qu'un fonctionnaire coupable d'avoir commis ou provoqué un acte de révolte, enfreint son obligation de fidélité et s'expose à une sanction disciplinaire ³¹.

2. Edouard Scherrer

Tout en se signalant comme un zéléateur du parti communiste, Edouard Scherrer remplissait à Leysin la charge de facteur. Accusé d'avoir distribué des manifestes subversifs aux soldats soignés dans le sanatorium militaire de cette localité, Scherrer fut congédié, quoiqu'il eût toujours accompli ses obligations de service à la satisfaction de ses chefs. Il est vrai que son activité politique avait indisposé de nombreux habitants de la région, à tel point que les autorités de district avaient sollicité à plus d'une reprise son éloignement.

Consulté sur la décision qu'il convenait de prendre à l'égard de Scherrer, le Département fédéral de justice et police conclut, en invoquant les arguments suivants, à la nécessité de sa révocation ³² :

« Du fait de son engagement, le fonctionnaire est tenu à des devoirs spéciaux envers l'Etat; il lui doit notamment fidélité. En vertu de ce devoir, il doit éviter tant en dehors du service que dans son service, tout ce qui peut causer du tort à l'Etat. Cela ne l'empêche pas d'exercer une activité politique. Mais si celle-ci se dirige contre l'Etat même et contre les principes démocratiques sur lesquels il repose, elle est la négation de l'idée qui est à la base des rapports entre l'Etat et les fonctionnaires et constitue ainsi une violation du devoir de fidélité.

« Au vu des actes, la révocation de l'employé en question doit être considérée non seulement comme admissible, mais comme indiquée parce que ce fonctionnaire a cherché, par ses manœuvres, à détruire le sentiment de fidélité des fonctionnaires envers l'Etat. »

³¹ W. BURCKHARDT; *Le Droit fédéral suisse*, 2^e v. p. 638 et 639, N° 721.

³² W. BURCKHARDT; *Le Droit fédéral suisse*, 2^e v. p. 639 et 640, N° 721. Consultation N° 116 du Département de justice et police du 31 août 1923. Dans une consultation N° 34 du 13 décembre 1922, le Ministère public fédéral avait résolu par la négative la question de savoir si l'activité politique de Scherrer légitimait l'ouverture d'une action pénale.

Scherrer fut licencié le 7 novembre 1923.

Dans sa décision de révocation ³³, le Département des Postes déclara que les fonctionnaires sont tenus d'observer dans leur attitude hors de service la retenue qu'exige leur situation officielle. Le peuple ne distingue pas dans la personne du fonctionnaire, l'agent public de l'homme ou du citoyen; la défiance qu'inspire le citoyen s'étend aussi au fonctionnaire. Un organe de l'administration, poursuit l'autorité disciplinaire, ne doit pas éveiller la crainte qu'il serait capable, en tant qu'instrument d'un parti, d'abuser de sa fonction; la sanction infligée à Scherrer n'apparaît pas trop sévère, comparée à l'importance des obligations du fonctionnaire des postes qui est tenu, entre autres devoirs, de respecter le secret postal. Notons en passant que Scherrer n'était pas accusé d'avoir violé son obligation de discrétion.

Tout en constatant l'activité révolutionnaire du parti communiste, l'autorité fédérale n'a pas résolu la question de savoir si, par sa seule adhésion à cette organisation, un fonctionnaire justifie sa révocation. Elle estima qu'à lui seul, le rôle d'agitateur de Scherrer exigeait son exclusion de l'administration. Inciter des soldats à la révolte afin de ruiner la discipline militaire, parut à l'autorité un acte inconciliable avec les devoirs d'un fonctionnaire fédéral.

Au printemps de l'année 1924, le conseiller national Naine interpella le Conseil fédéral sur la révocation de Scherrer. Le Chef du Département des Chemins de fer et des Postes déclara que ce dernier avait été licencié non pas pour ses opinions politiques, mais parce qu'il s'était rendu coupable de propagande communiste et antimilitariste auprès des soldats soignés à Ley-sin. Le fonctionnaire, ajouta-t-il, qui commet des actes destinés à renverser l'organisation de l'Etat, viole gravement ses devoirs de service ³⁴.

II. Du 1^{er} janvier 1928 au 2 décembre 1932

L'application de l'article 13 LStF. étant exclusivement réservée au Conseil fédéral, les organes administratifs qui lui sont subordonnés et le Tribunal fédéral n'étaient pas compétents pour exclure les fonctionnaires communistes de l'administration, aussi longtemps que l'autorité exécutive supérieure n'avait pas prononcé l'incompatibilité de la fonction fédérale avec

³³ Décision du Département des Postes, exécutée par la Direction générale des Postes le 7 novembre 1923.

³⁴ Bull. stén. CN. 1924; p. 417-421, 431-433.

la qualité de membre du parti communiste. C'est seulement par l'arrêté du 2 décembre 1932 ³⁵ que le Conseil fédéral interdit aux fonctionnaires, ouvriers et employés de la Confédération d'appartenir et de participer aux organisations communistes. L'activité qu'ils exercèrent, hors de service, en tant que membres du parti communiste, depuis l'entrée en vigueur du statut jusqu'à la promulgation de cet arrêté, motiva cependant le licenciement de deux fonctionnaires. De leur cas peut être rapproché celui de R. Schmid qui fut révoqué, pendant la même période, pour violation de ses devoirs de service ³⁶. Durant le même temps également, le Conseil fédéral interdit à deux reprises la participation des employés publics à des manifestations communistes et prononça la dissolution d'un syndicat de fonctionnaires à tendances communistes.

1. Les manifestations communistes et la révocation de G. Peyer

Le 16 mars 1929, le Conseil fédéral déclara illicites la manifestation internationale antifasciste (journée rouge) du 24 mars 1929 et toutes contre-manifestations sous n'importe quelle forme. Les employés des administrations publiques les plus importantes furent avisés qu'en assistant aux manifestations défendues, ils contreviendraient à leurs obligations officielles ³⁷.

Aux termes d'un arrêté fédéral du 30 juillet 1929, la participation des fonctionnaires, employés et ouvriers de la Confédération aux manifestations communistes prévues pour le 1^{er} août 1929, devait être aussi considérée comme une grave violation des devoirs de leur charge.

Le 1^{er} août, Gustave Peyer, fonctionnaire des CFF, à Bâle et membre militant du parti communiste de cette ville, quitta le travail au début de l'après-midi. Quelques heures plus tard, il fut appréhendé au milieu d'une assemblée communiste et conduit au poste de police. Peyer, qui portait l'uniforme de service au moment de son arrestation, prétendit avoir assisté « passivement » et « par hasard » à cette manifestation.

Traduit devant le Tribunal de police de Bâle, Peyer fut condamné, le 30 août 1929, à Fr. 20.— d'amende pour avoir pris part à une assemblée interdite par le gouvernement cantonal. En revanche, le juge ne retint pas contre l'accusé le délit de résistance à l'autorité.

Le 10 octobre, s'appuyant sur l'arrêté du 30 juillet et l'article 31 al. 1.

³⁵ Cf. supra, p. 73 et s.

³⁶ Cf. supra, p. 100 et s.

³⁷ Cf. *Dienstliche Mitteilungen der Postverwaltung und der Telegraphen- und Telephonverwaltung*, du 20 mars 1929. Post N° 35, Telegr. N° 28.

ch. 9 LStF., la Direction du II^e arrondissement des CFF. prononça la révocation de Peyer, avec effet rétroactif au 2 août.

2. Jacob Fausch

Connu pour un membre fanatique du parti communiste, le fonctionnaire postal Jacob Fausch était le chef présumé d'une cellule communiste de l'administration des postes zurichoises.

Le 17 septembre 1928, il avait tenté de soustraire à l'un des guichets de la poste principale de Zurich, des plis destinés à deux personnages politiques.

Il assista, le 28 septembre 1930, à une « rencontre rouge » organisée à Schaffhouse et interdite par le Conseil d'Etat. Pour avoir enfreint les ordres officiels, Fausch fut condamné à six jours d'emprisonnement. Deux semaines après la réunion de Schaffhouse, le 12 octobre, il prit part à Niederweningen, à une manifestation communiste défendue par les autorités locales. C'en fut assez pour que, le 15 décembre, la Direction générale des Postes prononçât la révocation de Fausch.

Voici, en résumé, les arguments principaux par lesquels l'administration justifie sa décision, basée sur les articles 22 et 24 LStF.

Il ne suffit pas pour qu'un fonctionnaire contrevienne aux obligations de sa charge, que ses conceptions ne s'accordent pas avec celles de ses concitoyens; il faut plutôt qu'à la suite de manquements graves, il n'inspire plus à ses supérieurs ni au public la confiance nécessaire au développement de la vie sociale ou à la sauvegarde de l'intérêt général. Il en est ainsi, notamment, lorsque l'activité politique d'un fonctionnaire ne se conforme pas à l'ordre légal. Une telle attitude viole le devoir de fidélité, formulé par les articles 22 et 24 LStF., à un degré qui rend impossible le maintien du fonctionnaire au service de l'Etat.

3. Le syndicat du personnel fédéral de Bâle et environs

Ce syndicat ayant proposé des candidats lors d'une élection de la Commission disciplinaire du II^e arrondissement des CFF., l'autorité fédérale constata qu'il s'apparentait au parti communiste dans son but et ses moyens d'action, puisque ses statuts préoyaient le recours à des « actions de masse » (Massenaktionen). Le 16 février 1931, sur la base de l'article 13 LStF., le Conseil fédéral interdit aux employés de la Confédération d'appartenir à ce syndicat et refusa de prendre en considération les candidats qu'il avait proposés.

III. A partir du 2 décembre 1932

A notre connaissance, l'autorité fédérale n'a appliqué qu'une seule fois jusqu'à présent, l'arrêté du 2 décembre 1932, dans les circonstances que nous exposons ci-après.

Lors de la scission du parti socialiste suisse, F. F., fonctionnaire de l'administration des téléphones, se rallia aux éléments qui formèrent le parti communiste. Il y joua un rôle actif, puisqu'il devint le chef d'une cellule de téléphonistes. F. prétend avoir rompu, le 16 octobre 1932, ses attaches avec les organisations communistes, pour ne pas être en conflit avec les dispositions du statut. Néanmoins, le 1^{er} mai 1933, alors qu'il était en congé pour cause de maladie, F. fut rencontré, porteur d'un ruban rouge et conversant avec des membres du parti communiste zurichois, sur la place réservée habituellement à ses manifestations. M^{me} F. et ses enfants participèrent le même jour au cortège organisé par le parti communiste.

Renseignée sur la conduite de F. et de sa famille, l'administration douta qu'il se fût réellement séparé de ses anciens amis politiques. Considérés isolément, l'entretien que F. avait eu avec des manifestants communistes, le ruban dont il avait orné sa boutonnière, la participation de sa femme et de ses enfants au cortège communiste, ne suffirent pas à prouver qu'il appartînt encore au parti communiste. Il résulte pourtant de ces faits conjugués que des relations étroites survivaient entre F. et les organisations dont il avait été, pendant plusieurs années, un membre zélé. Aussi, le 4 septembre 1933, la Direction générale des postes décida-t-elle de le révoquer. Afin qu'il pût manifester la volonté de se détacher définitivement du parti communiste, l'autorité fédérale offrit à F., aux mêmes conditions de salaire que précédemment, une place d'employé provisoire, révocable en tout temps dans un délai de quinze jours. Il accepta cette proposition et, grâce à sa conduite irréprochable, fut réintégré, quelques années après, dans sa première fonction.

CHAPITRE III

LES PRINCIPES JURISPRUDENTIELS

Il importe de rappeler, au seuil de ce chapitre, que les cas étudiés précédemment ont tous été réglés en définitive par les organes centraux de l'administration ou le Tribunal fédéral, quand bien même certaines décisions

émanent de directions d'arrondissement ¹. Ainsi donc, les principes que nous chercherons à établir valent exclusivement pour la jurisprudence des autorités disciplinaires supérieures.

Eu égard au nombre élevé des fonctionnaires fédéraux, peu fréquentes sont les sanctions qui frappent l'un d'eux, en raison de l'expression d'une opinion. Craignant peut-être qu'une mesure disciplinaire ne favorise parfois, au lieu de l'arrêter, l'expansion des idées qu'il est illicite d'exprimer, les autorités fédérales s'efforcent de ramener les fonctionnaires à leurs devoirs par des conseils ou des avertissements, plutôt que par l'infliction d'une peine. S'il est permis, malgré leur petit nombre, de tenter une synthèse des décisions disciplinaires, leur rareté même nous incite à ne généraliser qu'avec prudence, en réservant, dans l'énoncé des principes, les exceptions toujours possibles.

Il est d'ailleurs téméraire de prétendre tirer quelque principe de la jurisprudence souvent ondoyante des autorités administratives. Soumises plus que les arrêts des cours judiciaires à des considérations d'opportunité ², autrement dit à la raison d'Etat, les décisions administratives sont aussi sujettes à plus de variations. C'est, par conséquent, à indiquer une orientation plutôt qu'à formuler des principes que nous nous appliquerons.

Nous essayerons d'abord de tracer, avec une imprécision voulue, les limites que l'Etat impose en fait à la liberté d'opinion des fonctionnaires, pour comparer ensuite les solutions de la jurisprudence aux dispositions légales.

I. Notre premier objet est de distinguer les expressions d'opinion admises par les organes disciplinaires de celles qu'ils condamnent. Pour déterminer les premières et définir du même coup les secondes, nous étudierons à quatre points de vue les décisions analysées dans le chapitre précédent. Examinant d'abord la *situation* des fonctionnaires incriminés et ensuite le *moment* où ils ont violé leurs obligations, nous considérerons en troisième lieu les *intérêts* qu'ils ont lésés, et enfin le *mode* dont ils se sont servi pour exprimer leurs opinions.

1. Exceptés les arrêtés du 16 mars et du 30 juillet 1929 ³, les décisions résumées plus haut concernent seulement des fonctionnaires des chemins de fer et des P. T. T. qui remplissent des tâches essentiellement techniques.

¹ Cf. supra : p. 96.

² Cf. supra : p. 22.

³ Cf. supra : p. 109 et s.

Il en résulte que les autorités disciplinaires ne se bornent pas, comme le proposent certains auteurs ⁴, à limiter la liberté d'opinion des agents supérieurs de l'Etat, désignés sous les termes de fonctionnaires politiques. Notre étude fait ressortir au contraire l'obligation pour les fonctionnaires de tout rang de ne jamais se départir, en exprimant une opinion, de la réserve qu'exige leur charge officielle.

Il n'est pas moins vrai que la situation du fonctionnaire peut influencer sur la sanction dont il est frappé. Dans le cas C. D. par exemple, la Direction générale des CFF. considéra expressément le poste relativement élevé qu'occupe l'inculpé comme un élément aggravant ⁵. Il semble donc que certaines opinions tolérées dans la bouche de subalternes ne peuvent être licitement exprimées par des fonctionnaires supérieurs. La jurisprudence est d'ailleurs trop lacunaire pour que nous puissions déterminer avec quelque certitude la mesure dans laquelle la liberté d'opinion des fonctionnaires dépend de leur propre rang dans la hiérarchie administrative.

2. En distinguant dans l'exposé des cas d'espèce les violations des devoirs de service (Section I) et les infractions aux obligations hors de service (Section II), nous avons démontré que la liberté d'opinion des fonctionnaires est limitée pendant comme après leurs heures de travail. Plusieurs décisions disciplinaires, antérieures ou postérieures à l'entrée en vigueur de la loi sur le statut, affirment en termes exprès que l'obligation de fidélité s'étend aussi bien à la vie privée qu'à l'activité professionnelle des fonctionnaires ⁶.

Pour apprécier les violations des devoirs des fonctionnaires, l'autorité disciplinaire tient compte néanmoins, dans une mesure variable, du moment où elles ont été commises. De nombreux exemples en font foi.

La commission disciplinaire chargée de préaviser dans le cas de L. M. et de C. M. retint à leur charge le moment de l'infraction, en déclarant que les événements du 9 novembre 1932 aggravaient, au lieu de les atténuer, les torts reprochés aux recourants ⁷. S'il avait distribué le journal communiste *Das rote Signal* après et non point pendant son temps de service, Schmid n'eût peut-être pas mérité la peine extrême de la révocation ⁸. Enfin,

⁴ Cf. R. BONNARD; *Note...*, *Revue du droit public et de la science politique* : 1932, p. 354.

⁵ Cf. *supra* : p. 104 et s.

⁶ Cf. *supra* : p. 104 et 108.

⁷ Cf. *supra* : p. 102 et s.

⁸ Cf. *supra* : p. 100 et s.

la mansuétude que les autorités fédérales ont témoignée aux grévistes de 1918, ne peut s'expliquer, elle aussi, que par les circonstances du moment ⁹.

3. Les fonctionnaires coupables d'avoir enfreint leurs obligations violent :

- a) *les intérêts de leur fonction*, si leur attitude est préjudiciable à l'exécution de leurs devoirs de service;
- b) *des intérêts étrangers à leur fonction*, si leur comportement n'est pas nuisible à l'accomplissement de leurs obligations de service.

Dans toutes les décisions que nous avons étudiées, les fonctionnaires condamnés ont lésé les intérêts mêmes de leur fonction, soit directement en n'exécutant pas ou en accomplissant d'une façon imparfaite leurs obligations de service, soit indirectement en laissant présumer qu'ils ne rempliraient pas leur charge ou l'exerceraient défectueusement.

Dans le cas Scherrer, le Département des postes a précisé qu'un fonctionnaire ne doit pas laisser croire, par son activité politique, qu'il pourrait abuser de sa fonction ¹⁰. Pour citer un autre exemple, les courses de propagande entreprises par A. C. dans l'intérêt de son parti étaient de nature à faire douter certains clients des postes, sinon ses supérieurs ou ses collègues, de la conscience avec laquelle il exécuterait à l'avenir ses obligations de service ¹¹. De même, l'admiration qu'il a manifestée pour le régime mussolinien était capable de faire perdre à C. C. la confiance d'une partie du public ¹².

De ces cas et d'autres encore nous inférons qu'en général, l'autorité tolère des fonctionnaires l'expression d'opinions contraires aux intérêts de la Confédération, pourvu que les intérêts de leur fonction, en d'autres termes l'exécution de leurs devoirs de service, n'en souffrent pas. A cette condition, le fonctionnaire peut émettre impunément des opinions hostiles aux conceptions des gouvernants, soit en s'affiliant à un parti d'opposition, en défendant sa cause, en votant pour ses candidats ou même en le représentant dans les assemblées législatives, soit en critiquant plus ou moins ouvertement, dans des conversations, des discours ou des articles de presse, les autorités ou les institutions de l'Etat.

⁹ Cf. supra : p. 98 et s.

¹⁰ Cf. supra : p. 108.

¹¹ Cf. supra : p. 105 et s. Candidat d'un parti gouvernemental, A. C. poursuivait un but conforme aux intérêts de la Confédération tels que les conçoivent les gouvernants. Un fonctionnaire peut donc violer les intérêts de sa fonction et, partant, s'exposer à une sanction disciplinaire, tout en défendant les conceptions des gouvernants.

¹² Cf. supra : p. 106.

4. Il reste à déterminer, dans les cas étudiés précédemment, les modes selon lesquels les fonctionnaires coupables d'avoir enfreint leurs devoirs ont exprimé leurs opinions.

Parmi les violations des *obligations de service*, relevons que la condamnation de L. M. et de C. M. est due à une conversation particulière ¹³ et que Schmid a été révoqué pour avoir remis un journal communiste à quelques collègues ¹⁴. Ainsi donc, lorsqu'elle enfreint les devoirs de service, toute expression — même *privée* — d'une opinion peut justifier une sanction.

Nous constatons en revanche que Späni et Roner ¹⁵, H. H. ¹⁶ et H. W. ¹⁷ ont écrit ou inspiré des articles de journaux, que C. C. ¹⁸ a prononcé en public une déclaration reproduite par la presse, que A. C. ¹⁹ a pris part à une campagne électorale, que Scherrer ²⁰ a distribué des manifestes sur la voie publique, que C. D. ²¹, Küng ²², Peyer ²³, Fausch ²⁴ et F. ²⁵ ont participé, plus ou moins directement, à des manifestations publiques, en bref, que tous ces fonctionnaires punis pour avoir violé leurs *obligations hors de service* ont manifesté *publiquement* leurs opinions.

On peut déduire de ces observations que, pendant les heures de service, la liberté d'opinion des fonctionnaires est limitée, quel que soit le mode d'expression dont ils se servent, par les intérêts de leur fonction; par contre, hors du travail professionnel, seules paraissent interdites aux fonctionnaires les manifestations d'opinion publiques qui sont préjudiciables à l'exécution des devoirs de service.

Il convient de rappeler ici que nous ne formulons pas de règles rigides, mais que nous nous bornons à dessiner les tendances générales de la jurisprudence disciplinaire.

II. Notre interprétation de l'article 22 LStF., que nous avons voulue fidèle au texte légal, permet aux gouvernants, en l'espèce au Conseil fédéral,

¹³ Cf. supra : p. 101 et s.

¹⁴ Cf. supra : p. 100 et s.

¹⁵ Cf. supra : p. 103.

¹⁶ Cf. supra : p. 105.

¹⁷ Cf. supra : p. 105.

¹⁸ Cf. supra : p. 106.

¹⁹ Cf. supra : p. 105 et s.

²⁰ Cf. supra : p. 107 et s.

²¹ Cf. supra : p. 104 et s.

²² Cf. supra : p. 106 et s.

²³ Cf. supra : p. 109.

²⁴ Cf. supra : p. 110.

²⁵ Cf. supra : p. 111.

de réduire à néant la liberté d'opinion des fonctionnaires de la Confédération ²⁶. Il est en conséquence exclu que les décisions disciplinaires limitent cette liberté plus étroitement que la disposition précitée. En la matière qui nous occupe, la jurisprudence ne peut aller au delà de la loi; il est possible, par contre, qu'en vertu du pouvoir d'appréciation des autorités administratives ²⁷, elle reste en deçà.

Ces dernières ont précisément usé de leur liberté de jugement pour atténuer la rigueur de l'article 22 LStF. Nous avons constaté, dans notre étude des cas d'espèce, que les fonctionnaires doivent léser les intérêts mêmes de leur fonction pour violer leurs obligations ²⁸. Il semble d'autre part que les autorités disciplinaires limitent, hors de service, la liberté d'opinion des seuls fonctionnaires qui agissent publiquement ²⁹.

Le contraste entre la jurisprudence libérale et la sévérité de la loi est patent. L'autorité fédérale n'a pas encore usé de la faculté, offerte par le législateur, d'éliminer de l'administration tous les fonctionnaires dont les opinions ne se conforment pas aux conceptions des gouvernants.

Si les dispositions légales sont un jour appliquées dans toutes leurs conséquences et que les circonstances demeurent inchangées, les fonctionnaires condamnés pourront invoquer la jurisprudence antérieure pour réclamer un adoucissement de leur peine. En effet, les autorités administratives sont liées aussi bien que les cours judiciaires au principe de l'égalité des citoyens devant la loi ³⁰.

²⁶ Cf. supra: p. 30 et s., 58 et s.

²⁷ Cf. supra: p. 22 et s.

²⁸ Cf. supra: p. 114.

²⁹ Cf. supra: p. 115.

³⁰ FLEINER; *Schweizerisches...*: p. 282.

Conclusions

Deux critiques de principe sont souvent adressées aux dispositions et décisions étudiées auparavant. D'après la première, les limitations de la liberté d'opinion des fonctionnaires fédéraux, telles qu'elles résultent de la loi et de la jurisprudence, sont incompatibles avec un régime démocratique; selon la seconde, elles violent le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. La discussion de ces arguments ¹ n'est pas seulement intéressante de *lege ferenda*, puisqu'en raison de leur liberté d'appréciation étendue ², les autorités administratives peuvent modifier profondément leur jurisprudence en appliquant une loi inchangée. Quant à savoir si les fonctionnaires sont lésés dans leur personnalité par les dispositions analysées, nous ne croyons pas qu'il nous appartienne de résoudre cette question plus philosophique que juridique. Nous ne retiendrons pas non plus le problème de la constitutionnalité et de la légalité des dispositions législatives, qui a été examiné sous le titre premier ³.

I. Il semble, *prima facie*, qu'une démocratie intégrale, dans laquelle toutes les décisions étatiques sont prises par l'ensemble du peuple, suppose l'octroi à chaque individu et par conséquent aux fonctionnaires d'une liberté d'opinion absolue. A y regarder de près, un tel Etat ne serait pas viable, tant il est certain que la liberté sans règle conduit à l'anarchie. Sous tous les régimes en effet, démocratiques ou non, le maintien de l'ordre exige de chaque membre de la nation l'obéissance aux injonctions des gouvernants. Ceci est particulièrement vrai pour les fonctionnaires qui sont, par définition, les instruments de l'autorité. Il faut partant qu'en démocratie, ils conforment toute leur attitude à la volonté du peuple ou de ses représentants. Or, cette affirmation est la répétition même de l'article 22, tel que nous l'avons inter-

¹ Défendus généralement par des articles de journaux plutôt que dans des ouvrages de droit.

² Cf. *supra* : p. 22 et s.

³ Cf. *supra* : p. 26 et s., 48, 49 et 80.

prété⁴. Cette disposition, sur laquelle se fondent toutes les obligations des fonctionnaires, se concilie donc parfaitement avec les principes démocratiques. Ceux-ci ne seraient nullement menacés si les autorités disciplinaires, abandonnant leur jurisprudence libérale, appliquaient la loi dans toute sa rigueur. Supposé même que l'épidémie autocratique épargne notre pays, les fonctionnaires fédéraux ne sont pas assurés d'y bénéficier toujours d'une liberté d'opinion aussi étendue qu'à présent.

II. Le principe de l'égalité devant la loi est enfreint lorsque l'Etat soumet à des règles différentes des cas identiques ou des situations dissemblables ne légitimant pas un traitement distinct. Pour violer ce principe, une disposition doit : 1. émaner de l'Etat; 2. créer une inégalité; 3. n'être pas justifiée par une différence de situation et 4. être imposée contre le gré des individus qu'elle lèse. Comme elles ne remplissent pas ces deux dernières conditions, les limitations de la liberté d'opinion des fonctionnaires fédéraux ne contredisent pas le principe égalitaire exprimé par l'article 4 CF. Démontrons-le brièvement.

1. Notre étude a porté sur les textes légaux et leur application par les autorités disciplinaires, c'est-à-dire sur des dispositions émanées de l'Etat.

2. Nous avons annoncé dans l'introduction de notre thèse que seules formeraient son objet les obligations que les fonctionnaires ont assumées comme telles. Il est donc clair que les dispositions précédemment analysées créent une inégalité entre les fonctionnaires et les autres individus, puisqu'elles s'appliquent exclusivement aux premiers⁵.

3. Il n'est pas plus douteux que les uns et les autres se trouvent à l'égard de l'Etat dans une situation essentiellement distincte. Tous les individus, y compris les fonctionnaires considérés en leur qualité d'individus, sont unis à l'Etat par un rapport de sujet à souverain. En revanche, les relations de l'Etat et des fonctionnaires comme tels s'apparentent à celles des employeurs

⁴ Cf. supra : p. 30 et s., 58 et s.

⁵ Si nous partons non pas du principe de l'égalité devant la loi, mais de la notion générale d'égalité, nous pouvons prétendre que la liberté d'opinion des fonctionnaires n'est pas moins étendue en droit, sinon en fait, que celle des autres individus. Aucune règle de droit ne s'oppose (Cf. supra : p. 56) à ce qu'une convention privée limite la liberté d'opinion des cocontractants aussi étroitement que la loi sur le statut des fonctionnaires restreint leur liberté de pensée. Un contrat civil ne peut être déclaré nul, totalement ou partiellement, en vertu des articles 20 CO. ou 27 al. 2. CCS., tant qu'il ne réduit pas la liberté d'opinion d'une partie au delà des bornes fixées par les dispositions légales applicables aux fonctionnaires.

et des employés privés. Nous croyons devoir résoudre par l'affirmative la question controversée de savoir si cette différence de condition justifie l'inégalité constatée. Puisque l'employeur peut réduire la liberté d'opinion de son employé par un contrat civil ⁶, il paraît raisonnable d'accorder le même droit à l'Etat-patron vis-à-vis des fonctionnaires qui lui sont subordonnés. Ce sont les employés privés qui souffriraient d'une inégalité si leur liberté de pensée pouvait être limitée par un contrat de travail, alors que celle des fonctionnaires ne serait pas restreinte par leurs rapports de service.

De notre argumentation ressort l'inaccomplissement de la troisième condition, dont la réalisation est nécessaire pour que soit violé l'article 4 CF.

4. En droit fédéral suisse, les emplois publics sont librement acceptés par les fonctionnaires ⁷, encore que l'Etat puisse exiger la continuation de leurs rapports de service dans des circonstances exceptionnelles ⁸. Nous intéressant au seul point de vue juridique, nous nous dispensons de rechercher si, en fait, certains individus sont obligés d'occuper une charge officielle pour assurer leur gagne-pain. Bornons-nous donc à remarquer que la dernière des quatre conditions formulées n'est pas non plus remplie.

* * *

Est-ce à dire que les dispositions étudiées dans notre travail sont à l'abri de toute critique parce qu'elles se conforment aux principes démocratiques et ne contreviennent pas à l'article 4 CF. ?

Les règles restrictives de liberté peuvent être approuvées ou condamnées selon les circonstances qui les motivent et les buts visés par les gouvernants. Un jugement porté sur la liberté d'opinion des fonctionnaires fédéraux, en droit positif suisse, implique donc un examen préalable de la politique des autorités de la Confédération; il va sans dire qu'une telle étude excède le cadre de notre thèse. Relevons pourtant que l'article 22 LStF., suivant son application, paraît judicieux et dangereux tout à la fois : d'une part, cette disposition est d'une portée assez étendue pour permettre aux gouvernants, quelles que soient les nécessités de l'instant, d'agir opportunément; d'autre part, elle légitime l'administration à supprimer, sans motif justifié, la liberté de pensée des fonctionnaires fédéraux.

⁶ Cf. supra : p. 56.

⁷ Cf. supra : p. 9.

⁸ LStF. art. 53.

ABRÉVIATIONS LES PLUS USITÉES

Bull. stén. CE.	Bulletin sténographique du Conseil des Etats.
Bull. stén. CN.	Bulletin sténographique du Conseil national.
CF.	Constitution fédérale.
FF.	Feuille fédérale.
LJAD.	Loi sur la juridiction administrative et disciplinaire du 11 juin 1928.
LStF.	Loi sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927.
Message,	Message du 18 juillet 1924 : Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux, du 18 juillet 1924.
Message du 7 avril 1930 :	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'état des fonctions dont les titulaires ont la qualité de fonctionnaires, du 7 avril 1930.
O.	Ordonnance.
OJF.	Loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 22 mars 1893.
RF. I	Règlement des fonctionnaires I du 24 octobre 1930.
RF. II	Règlement des fonctionnaires II du 24 octobre 1930.
TF.	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.

BIBLIOGRAPHIE

(Liste des principaux ouvrages cités)

- ALTORFER Ernest : *Die Dienstverweigerung nach schweizerischem Militärstrafrechtl.* — Thèse, Zurich, 1929.
- AMMANN Werner : *Die Wahrung der Berufsinteressen der öffentlichen Angestellten unter besonderer Berücksichtigung der französischen Verhältnisse.* — Thèse, Zurich, 1912.
- ANLIKER Paul : *Die Personalaussschüsse unter besonderer Berücksichtigung der eidgenössischen Verwaltung.* — Thèse, Berne, 1924.
- ANTONIEVITCH Thomir : *La nature juridique de la fonction publique.* — Thèse, Genève, 1914.
- BERTHÉLÉMY H. : *Traité élémentaire de droit administratif.* — 11^e édition, Rousseau, Paris, 1926.
- BONHÔTE Serge : *La liberté d'association en droit public fédéral suisse.* — Thèse, Neuchâtel, 1920.
- BONNARD Roger : *Notes de jurisprudence.* — *Revue du droit public et de la science politique* : 1928, p. 341 et s.; 1929, p. 651 et s.; 1932, p. 353 et s.
- BURCKHARDT Walther : *Die wohlerworbenen Rechte des Beamten.* — *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* : 1928, p. 57 et s.
Le Droit fédéral suisse. Jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et administratif depuis 1903. — Delachaux et Niestlé S. A., Neuchâtel, 1930.
Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 27. Mai 1874. — 3^e édition, Stämpfli & C^{ie}, Berne, 1931.
- CAHEN Georges : *Les fonctionnaires. Leur action corporative.* — Armand Colin, Paris, 1911.
- CÉRÉSOLE Michel : *La question des grèves de fonctionnaires en droit public français.* — Thèse, Lausanne, 1925.
- CHAPUISAT Edouard : *La notion d'administration et le secret.* — Henry Kundig, Genève, 1904.
- DEMARTIAL G. : *De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires.* — *Revue du droit public et de la science politique* : 1907, p. 5 et s.
- DUGUIT Léon : *Traité de droit constitutionnel.* — 3^e édition, E. de Boccard, Paris.
- ESCHER Hans : *Schweizerisches Bundesbeamtenrecht.* — Thèse, Zurich, 1903.
- FALCK C. : *Volksbegehren und Beamtenpflichten.* — *Reichsverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt* : v. 50, p. 709 et s.
- FALCK E. : *Das Bundesbeamtenrecht der Republik Österreich.* — Thèse, Heidelberg, 1930.
- FENGE Werner : *Die Stellung des Beamten gegenüber staatsfeindlichen und revolutionären Parteien.* — Thèse, Greifswald, 1932.
- FISCHLER Walther : *Besonderes Gewaltverhältnis und verfassungsmässige Rechte nach dem Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten.* — Thèse, Zurich, 1931.
- FLEINER Fritz : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht.* — J.C.B. Mohr, Tübingen, 1923.
Les principes généraux du droit administratif allemand. — Delagrave, Paris, 1933.
- GIACOMETTI Zaccaria : *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts.*

- HAURIOU Maurice : *Droit administratif*. — 8^e édition, 1914.
Précis de droit administratif et de droit public. — 12^e édition, Sirey, 1933.
- HERRNRITT Rudolf : *Grundlehren des Verwaltungsrechts*. — J. C. B. Mohr, Tübingen, 1921.
- HOFFMANN A. : *Gutachten über einige Rechtsfragen des Entwurfs zum Bundesgesetz betreffend das Dienstverhältnis*. — Sonderabdruck aus der Schweiz. Post-, Zoll- und Telegraphenzeitung.
- HUBER Paul : *Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters*. — Thèse, Zurich, 1928.
- HUNGERBÜHLER Otto : *Dem Rechtsstaat entgegen*. — Beiträge zur schweizerischen Verwaltungskunde, Orell Füssli, Zurich, 1925.
- IMHOF A. : *Das öffentliche Dienstverhältnis*. — Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins : 1929, p. 231a et s.
- JELLINEK Walther : *Verwaltungsrecht*. — 3^e édition, Julius Springer, Berlin, 1931.
- JÈZE Gaston : *Les principes généraux du droit administratif*. — 3^e édition, Giard, Paris, 1925.
Cours de droit public. — Giard, Paris, 1933.
- KELSEN Hans : *Allgemeine Staatslehre*. — Julius Springer, Berlin, 1925.
Aperçu d'une théorie générale de l'Etat. — Giard, Paris, 1927.
Vom Wesen und Wert der Demokratie. — 2^e édition, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1929.
- KERN, Theodor : *Das Dienstrecht des Bundespersonals insbesondere die Vermögensrechte infolge Beendigung und Umgestaltung des Dienstverhältnisses*. — Zurich.
- KIRCHHOFER Emil : *Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht*. — Zeitschrift für schweizerisches Recht : 1933, p. 1 et s.
- KLEIN Günter : *Politische Pflichten der Beamten nach der Rechtsprechung der höchsten Disziplinargerichte*. — Die Justiz : 1930-31, p. 373 et s., 447 et s.
- LAMPERT U. : *Das schweizerische Bundesstaatsrecht*. — Orell Füssli, Zurich, 1918.
- LEFAS Alexandre : *L'Etat et les fonctionnaires*. — Giard et Brière, Paris, 1913.
- LETSCH Reinhold : *Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen*. — Thèse, Zurich, 1933.
- MAYER Otto : *Deutsches Verwaltungsrecht*. — 3^e édition, Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1924.
- MÜLLER Hans : *Staatsarbeiter- und Beamtenrecht in der Schweiz*. — Beiträge zur schweizerischen Verwaltungskunde, Heft 21, Orell Füssli, 1919.
- VON MURALT Johannes : *Die parlamentarische Immunität in Deutschland und der Schweiz mit Berücksichtigung der Entwicklung derselben in England und Frankreich*. — Thèse, Zurich, 1902.
- NAINE Charles : *Etude sur le projet de statut des fonctionnaires fédéraux présenté aux Chambres par le message du Conseil fédéral du 18 juillet 1924*.
- NEIDHARDT Berthold : *Der Begriff des Bundesbeamten erörtert auf Grund der reinen Rechtslehre Hans Kelsens*. — Thèse, Zurich, 1928.
- NIEVERGELT Julius : *Beamtenrecht des Kantons Zürich*. — Thèse, Zurich, 1916.
- ODA Yorodzu : *Principes de droit administratif du Japon*. — Sirey, 1928.
- OTT Henry : *Théorie juridique de la fonction publique fédérale*. — Thèse, Lausanne, 1915.
- PASQUAY Hans : *Die Vereins- und Versammlungsfreiheit der Beamten nach deutschem Vereins- und Beamtenrecht*. — Annalen des Deutschen Reichs : 1914, p. 401 et s., 541 et s., 781 et s.
- PICOT Albert : *Avis de droit au sujet de diverses questions posées par le projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux*.
- ROLLAND Louis : *Les deux grèves des postes et le droit public*. — Revue du droit public et de la science politique : 1909, p. 287 et s.
L'Etat actuel de la question des groupements de fonctionnaires. — Revue du droit public et de la science politique : 1922, p. 270 et s.
- DE SALIS L. R. : *Le Droit fédéral suisse. Jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et administratif depuis le 29 mai 1874*. — 2^e édition, Wyss, Berne, 1902.

- SCHLEWEIS Willi: *Das Recht der Beamten auf freie Meinungsäusserung und politische Betätigung.* — Thèse, Heidelberg, 1932.
- SCHOLLENBERGER J.: *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz.* — 2^e édition, Berlin, J. Springer, 1920.
- SIBERT Marcel: *Etude sur la situation légale des fonctionnaires anglais.* — *Bulletin de la Société de législation comparée*: 1910-1911, p. 176 et s., 1911-1912, p. 121 et s.
- SPIELMANN Hugo: *Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses in der Schweiz.* — Thèse, Bâle, 1931.
- STUDHALTER Arthur: *Der Beamtenstreik nach schweizerischem Recht.* — Thèse, Berne, 1924.
- VAUTHIER Maurice: *Précis de Droit administratif de la Belgique.* — Larcier, Bruxelles, 1928.
- WARTMANN C.: *Das Dienstverhältnis des Bundesbeamten in Fragen und Antworten dargestellt.*
- WATRIN Germain: *Note de jurisprudence.* — *Revue du droit public et de la science politique*: 1930, p. 787 et s.
- WEHRLI Edmund: *Die rechtliche Stellung der Instruktionsoffiziere.* — Thèse, Zurich, 1928.
- WIMMER Wilhelm: *Die Gestaltung des Rechtsschutzes bei den Besoldungs-, Pensions- und andern vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Bundesbeamtenverhältnis.* — *Zeitschrift für schweizerisches Recht*: 1933, p. 203 et s.
- WISARD Virgile: *La discipline des fonctionnaires de la Confédération suisse.* — *Publications de l'Union fédérative du personnel des administrations et des entreprises publiques*, Berne, 7^e fascicule.
- AUTEURS DIVERS: *L'Union syndicale suisse.* — *Histoire du mouvement ouvrier et de l'organisation syndicale en Suisse.* — Berne, 1933.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Chapitre I. Notions

	Pages
Section I. <i>La liberté d'opinion</i>	5
§ 1. Définition	5
§ 2. Nature	7
§ 3. La liberté d'opinion en droit fédéral suisse	7
Section II. <i>Le fonctionnaire en droit fédéral suisse</i>	8
§ 1. Définition formelle	8
§ 2. Définition matérielle	9
§ 3. La portée des définitions formelle et matérielle	16
Chapitre II. Définition du sujet	17
Chapitre III. Division du sujet	20

Titre Premier

LES DISPOSITIONS LÉGALES LIMITANT LA LIBERTÉ D'OPINION DES FONCTIONNAIRES

Chapitre I. Les dispositions légales. Généralités

Section I. <i>Définition</i>	26
Section II. <i>Validité</i>	27

Chapitre II. Les obligations de service

Section I. <i>Les principes</i>	29
§ 1. Généralités	29
§ 2. Article 22 LStF.	30
Section II. <i>Les dispositions particulières</i>	33
§ 1. La grève	33
§ 2. L'exécution des ordres de service	40
§ 3. L'obligation de dignité	44
§ 4. L'activité étrangère au service	46
§ 5. La collaboration à la gestion des services publics	49

Chapitre III. Les obligations hors de service

	Pages
Section I. <i>Les principes</i>	55
§ 1. Fondement des obligations hors de service	55
§ 2. Article 22 LStF.	58
Section II. <i>Les dispositions particulières</i>	60
§ 1. La liberté d'association en général	60
§ 2. Les fonctionnaires communistes	71
§ 3. Les droits politiques	82
§ 4. L'acceptation et l'exercice des charges publiques	84
§ 5. Les occupations accessoires	87
§ 6. Le secret administratif	88

Titre II

L'APPLICATION DES DISPOSITIONS LÉGALES LIMITANT LA LIBERTÉ D'OPINION DES FONCTIONNAIRES

Chapitre I. La poursuite disciplinaire	92
---	----

Chapitre II. Les cas d'espèce

Section I. <i>Les violations des obligations de service</i>	97
§ 1. La grève	97
§ 2. L'appartenance au parti communiste	100
§ 3. L'obéissance aux ordres de service	101
§ 4. Le dépôt de journaux dans les locaux du personnel	102
Section II. <i>Les violations des obligations hors de service</i>	103
§ 1. L'obligation de sauvegarder les intérêts de la Confédération et l'obligation de dignité	103
§ 2. L'appartenance au parti communiste	106

Chapitre III. Les principes jurisprudentiels	111
---	-----

CONCLUSIONS	117
---------------------	-----

Table des abréviations	120
Bibliographie	121

